

UNIVERSITÉ D'ALGER
FACULTÉ DE DROIT
ANNÉE 1930 — N° 5

Des Sociétés en droit international

THÈSE
POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 31 Mars 1930

par

EMILE REYTER

Né à Halanzy (Belgique), le 2 Novembre 1894

JURY DE LA THÈSE :

MM. MILLIOT.....	Président.
CHAUVEAU.....	} Suffragants.
STÉFANI.....	

ALGER
IMPRIMERIE « LA TYPO-LITHO »
1930

UNIVERSITÉ D'ALGER

FACULTÉ DE DROIT

ANNÉE 1930 — N° 5

Des Sociétés en droit international

THÈSE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 31 Mars 1930

par

EMILE REYTER

Né à Halanzy (Belgique), le 2 Novembre 1894

JURY DE LA THÈSE :

MM. MILLIOT.....	Président.
CHAUVEAU	Suffragants.
STÉFANI.....	

ALGER

IMPRIMERIE « LA TYPO-LITHO »

1930



UNIVERSITÉ D'ALGER

FACULTÉ DE DROIT

MM. MORAND, O. ✱, I. ☼.	Doyen, Professeur de Droit musulman.
THOMAS, ✱, I. ☼.....	Assesseur du Doyen, Professeur de Droit romain.
PELTIER, I. ☼	Professeur d'Histoire générale du Droit français.
MALLARMÉ, I. ☼.....	Professeur de Droit administratif, en congé.
CHAUVIN	Professeur d'Economie politique, en congé.
MILLIOT A., ☼.....	Professeur de Législation algérienne, tunisienne et marocaine.
BIENVENÛE, ☼	Professeur de Droit public.
CHAUVEAU	Professeur de Droit commercial.
GAFFIOT	Professeur d'Economie politique.
STÉFANI	Agrégé.
VIARD	Agrégé.
BRETON	Agrégé.
FRÉJAVILLE	Agrégé.
FAÛRE DE CÉRIS, I. ☼	Chargé des fonctions d'agrégé.
DUPOND, ☼	Chargé des fonctions d'agrégé.
BOUSQUET	Chargé des fonctions d'agrégé.
BERGER-VACHON	Chargé des fonctions d'agrégé.
GÉRARD, I. ☼	Professeur honoraire.
TESTAUD, I. ☼	Professeur honoraire.

JURY DE LA THESE :

MM. MILLIOT.....	<i>Président.</i>
CHAUVEAU	} <i>Suffragants.</i>
STÉFANI	

NOTA. — La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

I. — Intérêt actuel des questions concernant les Sociétés.

Depuis la fin du XIX^e siècle, nous assistons à un développement extraordinaire des sociétés commerciales et surtout des sociétés par actions. L'activité humaine tend plus que par le passé à prendre la forme collective; les individus cherchent de plus en plus à se grouper pour réaliser des buts qu'ils ne pourraient atteindre s'ils restaient isolés. Parmi les sociétés par actions, qui sont indispensables à la création de grandes exploitations, le type de la société anonyme est de beaucoup le plus répandu; celui-ci est devenu l'agent le plus puissant du développement économique moderne; il a donné une impulsion prodigieuse à toutes les branches de l'activité commerciale et industrielle: transports, banques, mines, manufactures, assurances, etc... Les sociétés anonymes ont pris peu à peu une place prépondérante dans l'activité économique des différents pays: réunissant des capitaux souvent très importants, certaines d'entre elles ont acquis une puissance et une influence considérables.

Un Etat ne peut se désintéresser de l'activité de ces puissants groupements.

Dans le domaine privé, l'Etat doit protéger les intérêts des particuliers, des actionnaires qui confient leur argent aux sociétés et des tiers qui entrent en relations d'affaires avec celles-ci : l'Etat doit édicter des règles qui renferment pour les uns et les autres des garanties contre les fondateurs d'entreprises malhonnêtes et les financiers véreux. Les actions émises par les sociétés anonymes sont attrayantes en raison de leurs risques limités et aussi des possibilités de spéculation qu'elles présentent ; aussi ces titres jouissent-ils, plus que tous autres, de la faveur du public et celui-ci doit être protégé contre les conséquences d'un entraînement irréfléchi.

Dans le domaine public, un Etat ne peut se désintéresser des répercussions possibles de l'activité des sociétés sur l'activité générale du pays. Par les moyens puissants et partant par la supériorité dont elles disposent, les grandes sociétés ont tendance à supplanter et à éliminer la concurrence des individus, pour faire ensuite la loi à tous, consommateurs et travailleurs. L'élimination des petites entreprises qui ne sont plus en état de soutenir la lutte, peut conduire l'industrie d'un pays vers un régime de monopole exercé par les grandes compagnies telles que les *Trusts* américains et les *Konzerns* allemands. L'existence de ces puissants groupements peut présenter un réel danger pour l'Etat lui-même ; son indépendance et sa sécurité même peuvent être menacées. Nous avons tout près de nous des exemples de situations semblables ; on connaît la lutte vive et difficile que les Etats-Unis d'Amérique ont dû soutenir contre les *Trusts* économiques et financiers ; on n'ignore pas que, dans les années qui suivirent la guerre, le gouvernement allemand fut dans la dépendance presque complète du groupe Stinnes dont l'hégémonie envahissante s'était non seulement étendue à

toutes les branches de l'activité économique allemande, mais avait même posé ses tentacules sur plusieurs pays étrangers (1). On sait assez qu'à la conférence de Spa de 1920, le véritable négociateur allemand fut non pas le chancelier FEHRENBACH ou le ministre von SIMONS mais bien HUGO STINNES, qui était alors à l'apogée de sa puissance; et de récents conflits ont montré que le gouvernement du Reich ne s'était pas encore tout à fait dégagé de l'emprise des magnats de la Ruhr. — Ce sont là des abus qu'il convient pour un Etat d'éviter; l'Etat ne doit pas se laisser dominer par des entreprises dont la puissance économique serait de nature à lui faire négliger la cause nationale pour la défense d'intérêts privés.

L'importance des questions concernant les sociétés est restée d'abord localisée dans le domaine national. Les sociétés fondées sur le territoire d'un Etat déterminé y possédaient à la fois leur siège social et le centre de leur exploitation; leurs membres, c'est-à-dire les associés étaient des nationaux du pays. Ces sociétés, ayant tous leurs éléments constitutifs dans un seul et même pays, étaient soumises à tous points de vue et sans aucune réserve aux lois du pays en question. Mais la pénétration réciproque des peuples et le développement des relations commerciales entre les divers pays ont eu souvent pour résultat d'éparpiller ces différents éléments sur le territoire de plusieurs Etats, le siège social d'une société étant par exemple établi dans un pays alors que le centre d'exploitation se trouvait ailleurs, ou bien le capital de la société était détenu par des ressortissants d'un pays autre que celui du lieu de l'exploitation. C'est le développe-

(1) Voir à ce sujet : Le contrôle économique des sociétés, de Raymond MICHEL, pp. 40-41. Thèse. Poitiers, 1923.

ment des sociétés par actions qui a surtout provoqué cette interprétation économique. Cette forme de société favorise le groupement des capitaux de toutes provenances, l'expansion et la dissémination des entreprises à travers le monde sans égard aux frontières. L'internationalisation des grandes entreprises est un fait connu. Comme exemple typique d'une situation particulièrement complexe, M. Cuq (2) cite le cas de la maison Drecoll dont les éléments constitutifs étaient disséminés dans sept pays différents.

Avec cette interpénétration économique, l'intérêt des questions relatives aux sociétés s'est trouvé transporté sur le terrain international; de nouveaux problèmes ont surgi, dont le droit international a dû s'occuper. Un Etat déterminé permettrait-il à des individus étrangers d'entrer dans des sociétés constituées sur son propre territoire et y ayant leur exploitation? Admettrait-il à fonctionner sur son territoire des sociétés ayant leurs principaux éléments constitutifs à l'étranger? Si oui, les soumettrait-il entièrement à sa propre loi ou prendrait-il contre elles certaines mesures de défiance? Leur interdirait-il certains domaines d'activité? Exercerait-il sur elles une surveillance spéciale? Les soumettrait-il, pour la compétence des tribunaux et le régime fiscal à des dispositions particu-

(2) Affaire Drecoll. — Un Suisse, dont la femme est belge, achète avec un Allemand et un naturalisé français, domicilié en Hollande, la maison de couture d'un Autrichien. Cette société primitive, vraisemblablement autrichienne, quoique constituée par acte passé à Amsterdam en 1895, est transformée en 1908 en société anglaise, qui transfère en 1914 son siège administratif en France; les deux établissements sont, l'un à Vienne et l'autre à Paris.

Edouard Cuq. — La nationalité des sociétés, p. 40. Thèse. Paris, 1921.

lières? Des conflits de compétence législative et judiciaire allaient inmanquablement s'élever entre les différents Etats dont les sociétés pouvaient se réclamer.

**II. — Position de la question avant la guerre
de 1914-18.**

Notre législation comprenait divers textes relatifs aux sociétés, en particulier la loi du 24 juillet 1867 et ses modifications successives, qui réglait la constitution et le fonctionnement des sociétés anonymes; mais aucune loi ne précisait à quelles sociétés ces textes étaient applicables. La question devenait cependant du plus haut intérêt en raison de cette interprétation économique dont nous venons de parler. Celle-ci eut pour résultat d'amener devant les tribunaux français des affaires concernant des sociétés dont les éléments se trouvaient épars dans différents Etats. Dans des cas de plus en plus nombreux, les magistrats durent rechercher par exemple si des fondateurs d'une société fonctionnant en France ne s'étaient pas placés sous l'empire d'une loi étrangère dans le but de s'affranchir des prescriptions sévères de notre loi de 1867, protectrice de l'épargne française et s'il fallait déjouer cette fraude en frappant la société de nullité. Les procès aboutissant à ces arrêts étaient pour la plupart introduits par des créanciers ou des actionnaires d'une société qui, ayant contre celle-ci un motif quelconque de mécontentement, tentaient de l'atteindre en demandant aux juges de la déclarer nulle pour inobservation de la loi. Dans des cas plus rares la question s'était posée pour les tribunaux de savoir s'ils devaient soumettre une société donnée au régime

fiscal français ou s'ils devaient ou non lui appliquer les dispositions des articles 13, 14 et 16 du Code Civil et en particulier celles relatives à la prestation de la *cautio judicatum solvi*. Les magistrats cherchèrent la solution des problèmes qui leur étaient soumis dans l'application aux sociétés de la notion de nationalité (3), et en raisonnant de la façon suivante: les sociétés, qui jouissent de la personnalité morale, sont des personnes, des êtres comme les individus, les personnes physiques; les problèmes qui nous sont soumis font partie du statut personnel des sociétés. Or ce statut, quand il s'agit des individus, est déterminé par leur nationalité; il doit en être de même pour les sociétés qui, étant des personnes, ont une nationalité. Il y a des sociétés françaises et des sociétés étrangères: les dispositions de la loi française du 24 juillet 1867 sur la constitution et le fonctionnement des sociétés sont applicables aux sociétés françaises et à elles seulement; par ailleurs les sociétés françaises sont seules fondées à réclamer le bénéfice des avantages que le Code Civil reconnaît aux personnes de nationalité française; de même les sociétés françaises seules seront soumises au régime fiscal français. Ayant ainsi

(3) Cf. PERCELOU. — Essai sur la nationalité des sociétés. *Annales de Droit commercial*, 1926, pp. 6 et suiv. « La théorie dite de la nationalité des sociétés s'est construite dans la jurisprudence presque uniquement sur des espèces où il s'agissait de déterminer la loi applicable à la constitution et au fonctionnement de la société.. »

Voir aussi: PÉPY. — De la nationalité des sociétés de commerce. Thèse. Paris, 1920, pp. 7-15.

MICHEL. — Le contrôle économique des sociétés.. Poitiers, 1923, pp. 170-171, avec la note de M. CHAVEGRIN sous Paris, 4 nov. 1886.

GAIN. — La nationalité des sociétés. Paris, 1924, p. 176.
MAZEAUD. — De la nationalité des sociétés. *Journal Clunet*, 1928, pp. 30-33.

reconnu aux sociétés une nationalité, la jurisprudence devait s'efforcer de déterminer cette nationalité; elle devait, à raison du silence des textes, chercher un critérium permettant de distinguer les sociétés françaises des sociétés étrangères. On sait en effet que si de nombreux textes législatifs, adoptant l'idée de nationalité créée par la jurisprudence, distinguent des sociétés françaises et des sociétés étrangères, ils n'indiquent nulle part à quels signes on reconnaîtra les unes des autres; en d'autres termes la loi française n'a posé aucun critérium pour la détermination de la nationalité des sociétés, alors qu'elle a établi avec la plus grande précision quels individus seront français et quels autres seront étrangers. Ce silence de la loi a été voulu en raison même de la difficulté de la question (4). Sur quels éléments la jurisprudence allait-elle, dans ces conditions, se baser pour déterminer la nationalité d'une société? Le problème n'était pas si simple que pour les individus; ceux-ci ont en effet une filiation qui fait défaut aux sociétés: sans exclure complètement le *jus soli* qui intervient dans la naturalisation, le *jus sanguinis* joue en effet un rôle prépondérant dans la détermination de la nationalité des personnes physiques, des individus (5). Différents systèmes s'offraient à la jurisprudence: lieu de la constitution de la société, lieu de l'autorisation gouvernementale, nationalité des souscripteurs, nationalité du

(4) Voir à ce sujet: LEVEN. — De la nationalité des sociétés et du régime des sociétés étrangères en France. Paris, 1926, pp. 44-45.

(5) Nous devons cependant reconnaître que dans certaines législations étrangères, celles des pays d'immigration, le *jus soli* joue un rôle important. Ces pays neufs doivent avant tout se procurer des nationaux, mais au fur et à mesure que la population augmente — comme c'est déjà le cas aux États-Unis — le *jus sanguinis* tend fatalement à écarter le *jus soli*.

personnel de direction, lieu de l'exploitation, lieu du siège social. Les tribunaux se sont d'abord abstenus d'adopter un système précis; ils se prononcèrent enfin, après de longues hésitations, pour le dernier critérium (6); ils déterminèrent la nationalité d'une société d'après son domicile (7), c'est-à-dire pour eux le lieu du siège social, sérieux et réel. Une société avait ainsi la nationalité du pays où se trouvait établi son siège social. On doit entendre par siège social sérieux et réel le lieu où se trouvent concentrées l'activité et la vie juridique de la société, où se réunissent le conseil d'administration, les assemblées générales et où fonctionnent les services essentiels de l'entreprise (8). M. CUQ définit ainsi le siège social: c'est le centre de la vie administrative de la société, par opposition au siège de l'exploitation, centre de la vie économique, industrielle ou commerciale de l'entreprise; le siège social, c'est le cerveau qui élabore les ordres et les transmet aux membres pour leur réalisation. Il groupe les organes de la vie juridique, ceux que la loi de 1867 exige et qui sont comme le gouvernement de la société (9). Dans sa grande majorité, la

(6) Pour plus de détails sur ce point PÉRY, op. cit. pp. 15 et s.

(7) Civ. 20 juin 1870. D. P. 70-1-416 (D. P. = Dalloz périodique).

Civ. 21 juin 1880. D. P. 80-1-465.

Req. 20 janvier 1897. D. P. 97-1-69.

Req. 29 mars 1898. D. P. 99-1-595.

Req. 17 juillet 1899. D. P. 1901-1-225 et note Pic.

Paris 23 janvier 1888. Sirey 1891-2-123.

(8) Dalloz pratique v° Sociétés, n° 4616.

(9) CUQ. — Nationalité des sociétés, p. 60. — Pour la définition du siège social, voir en outre: PÉRY, op. cit., pp. 27 et 67, et COPPER-ROYER, rapporté par GAIN, op. cit., p. 80.

doctrine suivait la jurisprudence⁽¹⁰⁾; quelques rares auteurs seulement contestaient aux sociétés le droit de posséder une nationalité distincte de celle de ses membres⁽¹¹⁾. Parmi les auteurs qui reconnaissaient aux sociétés une nationalité propre, certains la déterminaient par le lieu du centre d'exploitation dans lequel ils voyaient le véritable domicile de la société⁽¹²⁾.

Mais, comme nous venons de la voir, la jurisprudence s'était définitivement prononcée en faveur du système du siège social; elle considérait comme française toute société ayant son siège social en France et comme étrangère toute société ayant son siège en dehors de notre territoire. Pourtant, dans quelques cas particuliers, l'application de ce critérium donnait déjà des résultats inattendus et quelque peu choquants : elle conférait la nationalité française à des sociétés qui, pour avoir en France leur siège social, n'en étaient pas moins composées à peu près exclusivement d'étrangers; deux Allemands ou deux Espagnols, par

(10) HOUPIN et BOSVIEUX. — Traité général des sociétés n° 1488.

MÉPLAIN. — Les sociétés étrangères en France, p. 166.

CHERVET. — Des sociétés commerciales en Droit international, p. 130.

LEVEN. — Nationalité des sociétés, 1899, p. 25.

LACOUR. — Traité de Droit commercial, p. 705.

CHAVEGRIN. — Note sous Sirey 1888-2-89.

PIC. — *Journal Clunet* 1899-581.

(11) DE VAREILLES-SOMMIÈRES. — Synthèse II, n° 764.

PILLET. — Les personnes morales en Droit international privé, pp. 118-161.

DEMOGUE. — Note sous tribunal de Lille, 21 mai 1908. Sirey 1908-2-177.

(12) LYON-CAEN et RENAULT. — Traité de Dr. comm., t. II, n° 1167.

WEISS. — Traité élém. de Dr. intern. privé, p. 149.

BOISTEL. — Droit commercial, n° 396 ter.

SURVILLE et ARTHUYS. — Cours élém. de Dr. intern. privé, n° 456.

exemple, en s'associant donnaient naissance à une personne française; en s'associant ces individus bénéficiaient de droits qui leur auraient été refusés s'ils étaient restés isolés. Inversement la théorie de la jurisprudence refusait la nationalité française à des sociétés où tout était français, sauf le lieu du siège social⁽¹³⁾. Par ailleurs, le critérium du siège social avait, dès 1872, révélé son insuffisance au point de vue fiscal⁽¹⁴⁾.

Quoi qu'il en soit, le critérium adopté, s'il semblait parfois paradoxal et même peu satisfaisant, n'en était pas moins commode dans l'ensemble et s'appliquait sans grand inconvénient à la majeure partie des cas qui s'étaient présentés à l'examen des juges; ceux-ci ne considérant les sociétés que comme des groupe-

(13) Seine, 3 mars 1899. Clunet 1900-802. « La nationalité d'une société se déterminant par le lieu où elle a véritablement et effectivement son siège social, on peut considérer comme étrangère une société, encore que les actionnaires soient en majeure partie français et qu'elle ait pour objet la mise en valeur d'une usine française, d'un procédé d'origine française, alors qu'elle a son siège à l'étranger et que le conseil d'administration se réunit à l'étranger. »

(14) PERCEROU. — Essai sur la nationalité des sociétés. *Annales de Droit commercial*, 1926, pp. 6 et suiv.

« Déjà avant la guerre de 1914-18, l'insuffisance du critérium du siège social était apparue au point de vue fiscal. A s'en tenir à ce critère, il suffisait qu'une société fixât son siège à l'étranger pour que — bien qu'elle eût en France son centre technique d'exploitation et que même elle y eût puisé ses capitaux — elle fût exempte, pourvu que ces titres ne circulent pas en France, de la taxe sur le revenu des valeurs mobilières et fit ainsi ainsi aux sociétés françaises une concurrence abusive. C'est pourquoi le décret du 6 décembre 1872 (art. 3) a décidé que — bien qu'elles n'eussent pas en France leur siège social — ces sociétés seraient, au point de vue de la taxe sur le revenu, traitées comme des sociétés françaises et que, du moment où elles posséderaient en France des biens mobiliers, ou y feraient des opérations, elles acquitteraient la taxe sur une partie de leur capital fixée par le Ministre des Finances. »

ments de capitaux anonymes ne voyaient que des avantages à reconnaître la nationalité française au plus grand nombre possible de sociétés, qu'ils soumettaient ainsi à notre loi. Ils ne tenaient pas compte des individus se cachant derrière la façade de la société et ne prévoyaient sans doute pas qu'il se poserait des problèmes pour la solution desquels la notion de nationalité qu'ils avaient créée serait totalement insuffisante et même dangereuse pour l'intérêt national.

III. — Evolution de la question pendant la guerre.

La guerre de 1914-18 allait brutalement faire surgir de nouveaux problèmes et faire apparaître la question dite *de la nationalité des sociétés* sous un nouvel aspect ; elle allait montrer que les sociétés, et même les sociétés anonymes, sont moins des groupements de capitaux que des entreprises derrière lesquelles se dissimulent des personnes vivantes et agissantes.

L'application des prescriptions sur l'interdiction du commerce avec l'ennemi et surtout sur la mise sous séquestre des intérêts ennemis allait révéler l'insuffisance du critérium du siège social pour la détermination de la nationalité des sociétés et orienter la jurisprudence dans une nouvelle voie : les magistrats abandonnèrent le système du siège social pour lui substituer un critérium basé sur la nationalité des associés ou des individus ayant la prépondérance dans la société et commandant son activité. Les juges tinrent moins compte de ce qui constituait la façade de la société que des individus qui se cachaient derrière celle-ci. — Les traités de paix, dans leur articles relatifs à la

liquidation des sociétés séquestrées, consacrèrent ce nouveau critérium sous la dénomination du *contrôle* des sociétés. Ce critérium fut suivi par une grande partie de la jurisprudence et particulièrement par les juges des tribunaux mixtes institués par les traités pour arbitrer les contestations entre les ressortissants alliés et les sujets ex-ennemis.

L'évolution de la jurisprudence a été observée avec la plus grande attention par la doctrine ⁽¹⁵⁾, et cer-

(15) Parmi les études et les ouvrages parus depuis la guerre sur le problème de la nationalité des sociétés, citons :

WAHL. — La situation des sociétés de nationalité ennemie ou composées de sujets ennemis. *Journal des Sociétés*, 1916, p. 158.

LYON-CAËN. — Des conditions à exiger pour que les sociétés soient françaises. *Journal Clunet*, 1917, p. 15.

LANDRY. — *Revue politique et parlem.*, 10 nov. 1916, p. 182, et *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1917, p. 58 et s.

THALLER. — Esquisse de la réforme de la législation des étrangers. *Revue politique et parlementaire*, 1917, p. 297 et s.

PIC. — Contribution à l'étude de la nationalité des sociétés. *Journal Clunet*, 1917, p. 841.

JORDAN. — Les étrangers et le régime des sociétés. *Bull. soc. législ. comp.*, 1917, p. 535.

MARTIN-ACHARD. — La nationalité des sociétés anonymes. Zurich, Orel-Füssli.

ROMAN. — La nationalité des sociétés civiles et commerciales. Thèse. Paris, 1919.

PÉPY. — La nationalité des sociétés. Paris, 1920 (Thèse).

CUQ. — La nationalité des sociétés de commerce, 1921 (Thèse).

RAYNAL. — Nationalité des sociétés commerciales. Thèse. Toulouse, 1923.

GAIN. — La nationalité des sociétés. Paris, 1924.

MICHEL. — Le contrôle économique des sociétés. Poitiers, 1923.

HAMEL. — Note au Sirey, 1924-2-25.

NIBOYET. — a) A propos du livre de M. PÉPY. *Revue de Droit international privé*, 1921, p. 327; b) Note sous Colmar, octobre 1925. Recueil Sirey 1927-2-33; c) Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés? *Revue de droit intern. privé*, 1927, pp. 402-417. Article publié également en extrait par la librairie Sirey.

LEVEN. — De la nationalité des sociétés. Paris, 1926.

PERCEROU. — Essai sur la nationalité des sociétés. *Annales de droit commercial*, 1926, pp. 6 et s.

tains auteurs ⁽¹⁶⁾ adoptant les théories antérieurement émises par l'école dissidente ⁽¹⁷⁾ en sont venus à se demander si la fiction légale attribuant aux sociétés une nationalité n'est pas une complication inutile et ont soutenu que le problème n'est pas une question de nationalité, que cette idée n'est que le produit d'une application trop exagérée de la notion de personnalité morale aux sociétés.

Le législateur lui-même, ému par les révélations de la guerre sur l'activité pernicieuse de nombreuses sociétés allemandes à façade française, a manifesté à plusieurs reprises l'intention de soumettre à un régime moins libéral les sociétés fonctionnant sur notre territoire ⁽¹⁸⁾; malheureusement la plupart des projets ou propositions de loi présentés au parlement, et d'ailleurs insuffisants, n'ont pas encore été votés alors que des pays étrangers, qui pendant la guerre ont été placés

ARMINJON. — Les sociétés, les associations et les fondations en droit international privé. *Revue de droit intern. et de législ. comparée*, 1927, p. 360 et s.

MAZEAUD. — De la nationalité des sociétés. *Journal Clunet*, 1928, pp. 30 à 66.

(16) LANDRY. — *Revue polit. et parlem.*, 1916, et *Bull. soc. lég. comp.*, 1917.

THALLER. — *Rev. polit. et parlem.*, 1917.

JORDAN. — *Bull. soc. lég. comp.*, 1917.

PÉPY. — La nationalité des sociétés, pp. 126 et suiv.

(17) DE VAREILLES-SOMMIÈRES. — Synthèse II, pp. 74 et suiv. Les personnes morales, pp. 643 et suiv.

PILLET. — Les personnes morales en Droit intern. privé, pp. 118-161.

DEMOGUE. — Note sous le tribunal de Lille, 29 mai 1908. *Sirey* 1908-2-177.

(18) Projet Denais. 1915. *Journal officiel*, 1915. Chambre, annexe 846.

Projet du 27 janvier 1920. *Journal officiel*, 27 janvier 1920. Chambre, annexe n° 248.

Proposition Prat, du 26 août 1915. *J. off.* Chambre 1915, 935

Proposition Debierre, 30 janv. 1917. *J. off.* 30 janv. 1917. Sénat, annexe 25.

Proposition Dutrey, 17 oct. 1918. *J. off.* Chambre 1918, 1181.

devant les mêmes problèmes que la France, ont depuis lors légiféré de façon définitive.

Nous devons par ailleurs signaler que quelques tribunaux ⁽¹⁹⁾ semblent revenir aux errements d'avant-guerre et reprendre le critérium du siège social ; cependant d'autres tribunaux ⁽²⁰⁾ n'oublient pas les leçons de la guerre et rejettent formellement l'ancien critérium. Ces derniers sont suivis par plusieurs auteurs qui soutiennent que le problème n'est pas un, mais qu'il comprend en réalité une série de questions diverses qu'on doit trancher par des considérations spéciales à chacune d'elles ; ils ne sont pas loin de conclure que le problème n'est pas une question de nationalité ⁽²¹⁾. Il nous semble que la vérité est là.

Dans une première partie nous ferons donc la critique de la notion de nationalité appliquée aux sociétés, après avoir établi au préalable la faillite du critérium du siège social et l'impossibilité d'arriver à un critérium unique et satisfaisant.

Mais nous ne pouvons détruire sans reconstruire ; l'idée de nationalité appliquée aux sociétés, quelque insuffisante et paradoxale qu'elle fût, n'en permettait pas moins de résoudre, tant bien que mal, certains des problèmes soulevés par l'activité des sociétés dans le domaine international. Si nous supprimons cette notion

(19) Cour de Montpellier, 3 mai 1926. Sirey 1926-2-75.

(20) Cour de Colmar, octobre 1925. Sirey 1927-2-33.

(21) NIBOYET. — Note sous Colmar supra. et *Revue de Dr. intern. privé*, 1927, pp. 402 -417. « Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés? ». Dans ce dernier article M. NIBOYET se prononce nettement contre la nationalité des sociétés.

HAMEL. — Note au Sirey 1924-2-25.

PERCEROU. — Essai sur la nationalité des sociétés, précité.

H. R. — Note sous Montpellier. Sirey 1926-2-75.

ARMINJON. — op. cit. *Revue de Droit intern. et de législation comparée*, 1927, 360.

de nationalité, nous ne faisons pas disparaître les problèmes qu'elle réglait. Dans une deuxième partie nous examinerons donc en détail ces différents problèmes et nous proposerons des solutions nouvelles susceptibles d'être consacrées par le législateur.

PREMIÈRE PARTIE

**CRITIQUE DE LA NOTION
DE NATIONALITÉ
APPLIQUÉE AUX SOCIÉTÉS**

Sous l'influence des difficultés de la guerre, le critérium du siège social — nous l'établirons — s'est révélé totalement insuffisant et même inapplicable pour le règlement des problèmes nés du grand conflit; mais nous verrons aussi que le critérium du contrôle qu'on lui substitua, s'il donna momentanément satisfaction, n'est pas susceptible d'être appliqué dans certaines circonstances; nous démontrerons par ailleurs qu'aucun critérium n'est absolument satisfaisant. C'est donc que nous faisons peut-être fausse route en cherchant à déterminer, à définir la nationalité des sociétés; si cette nationalité est indéfinissable, n'est-ce pas parce qu'elle est inexistante? Notre première partie va donc se décomposer tout naturellement en deux chapitres, dont l'un sera consacré à l'étude des événements

de la guerre qui, en établissant la faillite des différents critères pour la détermination de la nationalité des sociétés, laissent présumer que cette nationalité est inexistante, et dont l'autre contiendra la démonstration que cette présomption est fondée.

CHAPITRE PREMIER

La guerre de 1914-18 et la détermination de la nationalité des sociétés.

La question de la nationalité des sociétés a été soulevée à maintes reprises et dans des circonstances diverses pendant et après la grande guerre. Au cours des hostilités, le gouvernement a dû prendre des mesures de sécurité et de salut public contre certaines sociétés dont l'activité était préjudiciable à la défense nationale, ainsi que des mesures conservatoires à l'égard des intérêts ennemis qui furent mis à l'abri en vue de la constitution d'un gage économique; les traités de paix contiennent également des articles relatifs aux sociétés. Ces différentes mesures et dispositions ont donné lieu à une jurisprudence nombreuse et variée qui a mis en échec les théories généralement admises avant la guerre sur la détermination de la nationalité des sociétés et qui s'est efforcée de fixer celle-ci d'après de nouveaux éléments. Dans une première section de ce chapitre nous allons donc passer successivement en revue les diverses situations où cette question de la nationalité des sociétés a été envisagée et établir la faillite pratique du critérium du

siège social, puis dans une seconde section nous verrons que les nouveaux critères proposés, s'ils règlent avantageusement certains problèmes, n'en restent pas moins insuffisants.

SECTION I

Faillite du critérium du siège social.

§ 1. *Législation et jurisprudence de guerre.*

Dans ce conflit formidable qui mettait aux prises tant de nations et où se jouait le destin des peuples, la lutte ne devait pas rester circonscrite entre les États et leurs armées; elle devait être totale et s'étendre à tous les domaines où se manifestait l'activité de l'ennemi. Dans l'intérêt de la défense nationale, les États belligérants furent amenés à prendre des mesures sévères même contre les particuliers, c'est-à-dire contre les ressortissants ennemis, pour les mettre dans l'impossibilité de nuire.

Celles qui furent ainsi prises en France et qui nous intéressent dans la mesure où elles furent appliquées aux sociétés sont :

a) le décret du 27 septembre 1914 (sanctionné pénalement par la loi du 4 avril 1915), qui interdit tout

commerce avec les sujets allemands et austro-hongrois; (1)

b) l'arrêté ministériel du 13 octobre 1914 ordonnant « la mise sous séquestre de toutes les marchandises et de toutes les valeurs mobilières et immobilières dépendant des maisons allemandes, autrichiennes et hongroises pratiquant le commerce, l'industrie ou l'agriculture en France »; (2)

c) la loi du 22 janvier 1916, rendant obligatoire la déclaration des biens des sujets des puissances ennemies (3).

Certaines de ces dispositions ne parlent que des individus ennemis, mais on admit bien vite qu'elles visaient également les sociétés. Pour l'application du décret du 27 septembre 1914, la jurisprudence reste attachée aux anciens errements; les arrêts rendus directement en cette matière affirment encore la théorie du siège social (4); mais ils sont peu nombreux, parce que les actes de commerce accomplis avec l'ennemi à l'étranger échappaient à peu près au contrôle des tribunaux français (5) et qu'en ce qui concerne les sociétés *ennemies* établies en France, elles allaient être empêchées de se livrer à une activité quelconque par l'arrêté ministériel du 13 octobre 1914 ordonnant

(1) *J. off.*, 5 avril 1915, p. 1900.

(2) *J. off.*, 14 octobre 1914.

(3) *J. off.*, 23 janvier 1916.

(4) Rouen, 3 novembre 1915, *Revue de Dr. intern. privé*, 1916, 247. Rouen, 19 janvier 1916. *Gazette des tribunaux*, 30 mars 1916.

(5) On objectera peut-être que les articles 14 et 15 du Code Civil donnent compétence aux tribunaux français quand l'un des contractants est français, mais dans notre cas le Français en question s'est certainement gardé d'invoquer les dits articles, car au lieu de constituer pour lui une protection, ils n'eussent servi qu'à le frapper.

leur mise sous séquestre. Cet arrêté avait été précédé de la circulaire du Garde des Sceaux, du 8 octobre 1914, qui recommandait seulement la mise sous séquestre (6) et qui s'inspirait elle-même d'une ordonnance du 2 octobre 1914 du président du tribunal civil du Havre (7), dans laquelle ce magistrat avait prononcé la mise sous séquestre d'une entreprise ayant son siège social en France, mais dont les capitaux et les administrateurs étaient allemands.

Allait-on encore, pour l'application des prescriptions de l'arrêté du 13 octobre 1914, s'en tenir au critérium du siège social? Cette solution aurait eu pour conséquence de soustraire au séquestre toutes les sociétés ayant en France leur siège social, même celles composées en tout ou en partie de sujets ennemis qui auraient alors échappé aux mesures qui les visaient spécialement et cela pour l'unique raison, qu'ayant en France leur siège social, elles étaient françaises. Ainsi les nombreuses sociétés que les Allemands avaient fondées en France (8) auraient pu continuer à vivre et à prospérer sur notre territoire et même à y poursuivre une activité antifranaise sans s'exposer à des mesures coercitives de notre part. Et pourtant c'est cette solution qui eût dû s'imposer, car telle était la conséquence logique du système du siège social si péniblement construit par les théoriciens d'avant-guerre. Mais agir ainsi eût été aller à l'encontre du but recherché par le gouvernement français, c'eût été rendre les mesures de défense nationale qui venaient

(6) *Journal officiel*, 9 oct. 1914, p. 8232.

(7) Recueil Sirey. Législation de la guerre, t. I, p. 146.

(8) Au sujet de la pénétration économique allemande en France, consulter l'ouvrage fortement documenté de M. HAUSER: *Les méthodes allemandes d'expansion économique*. Paris, 1916, et aussi BRUNEAU: *L'Allemagne en France*; DAUDET: *L'Avant-guerre*; TROIMAU: *Séquestres et séquestrés*.

d'être prises inefficaces et inopérantes dans le domaine où elles s'imposaient le plus, c'est-à-dire à l'égard des sociétés et surtout des sociétés anonymes, groupements extrêmement dangereux et beaucoup plus redoutables que les individus pris isolément.

Les notions anciennes sur la nationalité des sociétés durent plier devant la nécessité; pour la détermination des sociétés auxquelles devaient s'appliquer les mesures sur le séquestre, les cours et tribunaux, suivant à de très rares exceptions près l'exemple donné par le président du tribunal du Havre, abandonnèrent délibérément le critérium du siège social pour rechercher derrière la façade de la société la réalité des choses, c'est-à-dire la nationalité des associés et surtout celle des dirigeants de l'entreprise, des personnes vivantes et agissantes qui donnaient à celle-ci leur caractère. Ce nouveau critérium est très justement défini par la circulaire ministérielle du 29 février 1916⁽⁹⁾ sur l'application de la loi du 28 janvier 1916 et du décret du 28 février 1916 relatifs tous deux à la déclaration des biens des sujets ennemis. « Je ne saurais trop rappeler, dit le Garde des Sceaux, qu'il ne saurait être fait état à l'égard des sociétés de leur nationalité d'apparence; les sociétés doivent être assimilées aux sujets de nationalité ennemie dès que notoirement leur direction et leur capital sont en totalité ou en majeure partie entre les mains de sujets ennemis. » Les arrêts en faveur du critérium de la réalité des choses sont très nombreux⁽¹⁰⁾; toute une série d'en-

(9) *Journal la Loi*, 3-4 mars 1916.

(10) Aix, 19 mai 1915. *J. des Sociétés*, 1918, 176, et *Revue Dr. intern. privé*, 1916, 306.

Seine, Trib. civil (référés), 20 juil. 1915. *Clunet* 1915-672.

Lyon, 30 mars 1915 (Affaire Lenzbourg) et arrêt confirmatif

treprises ayant leur siège social en France, ont été frappées de la mesure du séquestre par les tribunaux comme étant des entreprises ennemies, et dans la plupart des cas allemandes et autrichiennes. Nous ne rapporterons ici que quelques décisions particulièrement remarquables.

Dans un arrêt de la Cour d'Alger nous lisons :

« Attendu que la Vulcan Coal Company, bien qu'ayant pris une dénomination anglaise et ayant son siège à Rotterdam (Hollande), était en réalité une société allemande; qu'en effet presque tout son capital était allemand et l'objet de son entreprise n'était autre que la vente de charbon des mines de Westphalie... » (11).

Dans un autre arrêt (12), nous lisons de même :

« Malgré sa forme et son apparence françaises, une société doit être tenue pour étrangère (allemande dans l'espèce) et traitée comme telle, si cette réalité résulte de son origine, de ses capitaux, du personnel employé, de l'objet même de son entreprise... »

de la Cour de cassation. Req. 20 juillet 1915. *Rev. Dr. intern. privé*, 1916, pp. 248-250.

Alger, 22 juil. 1915. Clunet 1915-903 (Affaire Vulcan coal).

Aix, 29 juil. 1915. Clunet 1918-277 (Affaire Mante).

Montpellier, 24 janv. 1916. Sirey 1916-217 (Aff. Bouillon Kub).

Paris, 7 juillet 1916. Clunet 1917-226 (Affaire de la Société des mines de Barbéry).

Trib. com. Seine, 12 oct. 1915. *Gaz. trib.* 22-24 nov. 1915.

Trib. civ. Seine (référé), 23 mai 1916 et sur appel, Paris, 27 fév. 1917. Clunet 1917-1457.

Voir étude plus complète de cette jurisprudence dans: ROMAN, pp. 103-106 (op. cit.); CUG, op. cit., pp. 103-107; GAIN, pp. 104-169; PÉPY, pp. 151-182; TRIGIMEAUX: Séquestres et séquestrés, 1916.

(11) Alger, 22 juillet 1915. Clunet 1915-903.

(12) Aix, 29 juillet 1915. Clunet 1918-277. Affaire de la Société provençale des charbons, cokes et briquettes.

En outre, la Cour de Cassation, dans son arrêt du 20 juillet 1915 (affaire Lenzbourg), s'exprimait ainsi (13) :

« Sont souveraines les constatations et appréciations d'une Cour d'appel qui, pour maintenir la mise sous séquestre d'une société comme étant de *nationalité ennemie*, déclare en premier lieu que, bien qu'elle ait été fondée en France, où elle a son siège social, conformément aux prescriptions de la loi française, cette société dont le capital appartient presque en totalité (1950 actions sur 2000) à des souscripteurs ou porteurs de nationalité allemande et dont les directeurs allemands et les membres allemands du conseil d'administration ont donné leur démission le 1^{er} août 1914, à la veille de la guerre, n'était rien autre chose qu'une personne interposée (14) sous le couvert de laquelle une entreprise allemande faisait le commerce en France... »

L'année suivante, la Cour de Paris décidait (15) qu'une société anonyme, bien que constituée en France dans les formes françaises et avec une majorité d'administrateurs français, peut être placée sous séquestre par application du décret du 27 septembre 1914 lorsqu'il ressort des documents produits « que l'influence allemande était non seulement prépondérante, mais toute puissante et absolue dans tous les détails

(13) Cassation. Req., 20 juillet 1915. Affaire Lenzbourg. Sirey 1916-1-148 et *Rev. Dr. intern. privé*, 1916-250. La Cour de cassation avait à se prononcer sur un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Lyon; elle confirma cet arrêt.

(14) M. PÉRY (op. cit. pp.167-173) critique, vivement l'application dans cette affaire de la théorie de l'interposition de personnes.

(15) Paris, 7 juillet 1916, Société des mines de Barbéry. *J. des Sociétés* 1927-24 et *Clunet* 1917-226, avec conclusions de l'avocat général GODEFROY.

de l'administration de la société, que celle-ci en conséquence était au pouvoir complet des Allemands. »

Le même Cour, le 27 février 1917, déclarait allemande une société en commandite gérée par un Français, parce que l'influence austro-allemande était prépondérante et que la société, constituée avec des capitaux austro-allemands n'avait qu'une apparence française (16).

Il semble difficile de prétendre que dans ces arrêts les juges n'avaient pas en vue de fixer la nationalité de la société et que dans ce but ils n'abandonnaient pas le critérium du siège social pour lui substituer un nouveau critérium basé sur la nationalité des individus qui exerçaient une influence prépondérante sur la société. D'éminents auteurs en conviennent: M. PERCEROU en particulier, commentant la jurisprudence de guerre (17) conclut en ces termes: « Ainsi apparut cette idée que la nationalité d'une société doit se déterminer par celle des associés qui en ont le contrôle, c'est-à-dire la maîtrise; le mot contrôle ne figure pas encore dans les textes, mais l'idée flotte déjà dans la jurisprudence. »

Quelques auteurs soutiennent cependant que la guerre n'a modifié en rien le critérium de la nationalité des sociétés. Pour M. WAHL (18), la liberté d'action des sociétés aurait été diminuée ou paralysée par les mesures de sauvegarde de la guerre, mais le fond du droit n'aurait pas été modifié.

M. GAIN (19), prétend que la mise sous séquestre des

(16) Paris, 27 février 1917. Clunet 1917-1457.

(17) PERCEROU. — Essai précité.

(18) WAHL. — Situation des sociétés de nationalité ennemie ou composées de sujets ennemis. *J. des Sociétés*, 1916-153.

(19) GAIN. — Op. cit., p. 124.

biens d'une société de forme juridique française (c'est-à-dire ayant son siège social en France et partant, considérée comme française avant la guerre) ne modifie pas en principe sa nationalité, que c'est une simple mesure de salubrité et de précaution commandée exceptionnellement pendant la guerre par le respect de la défense nationale. En d'autres termes les arrêts rendus relativement à la mise sous séquestre n'auraient pas posé un critérium nouveau pour la détermination de la nationalité des sociétés; ils auraient seulement, à l'occasion de circonstances exceptionnelles, établi le caractère ennemi de certaines sociétés.

Ce sont là des affirmations que l'on se garde bien d'étayer de preuves et de justifications; et d'ailleurs M. GAIN ne paraît pas très convaincu lui-même de ce qu'il avance, car il écrit (p. 138):

« Il faut néanmoins reconnaître que les théories jurisprudentielles de la détermination du caractère ennemi ont débordé pendant la guerre le domaine d'application des séquestres et ont atteint celui de la détermination de la nationalité elle-même des sociétés »; M. GAIN cite même certains arrêts dans ce sens.

Dans un important article paru tout récemment, un autre auteur, M. MAZEAUD⁽²⁰⁾ reprend la thèse d'après laquelle la jurisprudence de guerre n'aurait pas modifié le critérium du siège social pour la détermination de la nationalité des sociétés. Il écrit p. 61: « Il n'est pas douteux que la jurisprudence relative aux séquestres et aux traités de paix s'est attachée au contrôle exercé sur la société; mais ce n'est pas une question de nationalité qui a été tranchée à l'aide du contrôle. »

(20) MAZEAUD. — De la nationalité des sociétés. *Clunet* 1928 pp. 30 et suiv.

Passant alors à la démonstration de sa thèse, M. MAZEAUD remarque d'abord que « pour déterminer si une société était ennemie au sens du décret du 27 septembre 1914 et de la loi du 4 avril 1915, portant interdiction du commerce avec l'ennemi, la jurisprudence est restée fidèle à son critère traditionnel et qu'elle a refusé de tenir compte du contrôle. »

Répondons immédiatement à ce premier argument de M. MAZEAUD. La jurisprudence en question est extrêmement rare; nous avons vu pourquoi (21). Il s'agit d'un ou deux arrêts tout au plus (22); ces arrêts émanent de la même juridiction, de la Cour de Rouen; on conçoit que certains juges aient, au début de la guerre, hésité à battre en brèche des traditions fortement établies, à abandonner un critérium aussi universellement admis que celui du siège social; cependant, si respectueuse qu'elle se soit montrée de la jurisprudence antérieure à la guerre, la Cour de Rouen n'en a pas moins jugé utile de considérer, dans le dernier arrêt, celui du 19 janvier 1916, la composition de la société et d'écarter l'objection qu'on aurait pu tirer de la présence d'un sujet allemand parmi les principaux actionnaires de la société, en constatant que cet Allemand n'avait ni la direction ni l'administration de la société. Si la cour de Rouen restait donc fidèle à l'ancien critérium, c'est parce que dans le cas parti-

(21) Les arrêts rendus en application du décret du 27 septembre 1914 sont peu nombreux parce que les actes de commerce accomplis avec l'ennemi à l'étranger, échappaient à peu près au contrôle des tribunaux français et qu'en ce qui concerne les sociétés ennemies établies en France, elles furent presque immédiatement empêchées de se livrer à une activité quelconque par l'arrêté ministériel du 13 octobre 1914, ordonnant leur mise sous séquestre.

(22) Rouen, 3 nov. 1915, *Revue Dr. intern. privé*, 1916-247.
Rouen, 19 janv. 1916, *Gazette des tribunaux*, 30 mars 1916.

culier qu'elle avait à examiner, ce critérium était en quelque sorte confirmé par les faits.

D'ailleurs l'interprétation de la Cour de Rouën a été condamnée plus tard par la Cour suprême; nous verrons en effet dans une autre section, consacrée à la jurisprudence d'après guerre, que dans un arrêt du 18 juillet 1919, la Cour de Cassation⁽²³⁾ a écarté le critérium du siège social en matière de commerce avec l'ennemi.

Abordant ensuite directement la jurisprudence sur les séquestres, M. MAZEAUD, tout en reconnaissant que cette jurisprudence s'est bien inspirée de l'idée de contrôle, prétend que les mesures de séquestre ne soulevaient pas une question de nationalité. « Peu importait, écrit-il p. 62, que la société fût ou non française pour qu'on en séquestrât les biens. Le séquestre, simple mesure conservatoire qui n'avait sa source dans aucun texte, mais qui était née spontanément d'un puissant intérêt de défense nationale, devait s'étendre à tout ce qui pouvait directement ou indirectement, profiter à l'ennemi. Il devait alors s'appliquer même aux sociétés françaises dont les ennemis tiraient alors un profit. »

M. MAZEAUD doit savoir que, si les mesures de séquestre sont en effet nées spontanément d'un intérêt de défense nationale (ordonnance du président du tribunal du Havre, 2 octobre 1914), elles furent immédiatement recommandées (circulaire ministérielle du 9 octobre 1914), puis imposées par le Ministre de la Justice (arrêté du 13 octobre 1914) qui ordonna la mise sous séquestre des biens « dépendant de toutes

⁽²³⁾ Cassation, crim. 18 juillet 1919. *Revue Dr. intern. privé*, 1920-128.

les maisons allemandes, autrichiennes ou hongroises » pratiquant commerce, industrie ou agriculture en France. Les qualificatifs *allemandes, autrichiennes et hongroises* paraissent bien désigner la nationalité ou alors les mots n'ont plus de sens. Dans l'arrêté ministériel en question, comme dans la plupart des arrêts qui intervinrent par la suite, le mot même de nationalité manque; mais — et ceci les adversaires de notre thèse ne le contesteront pas — ce mot n'était-il pas souvent absent dans les arrêts d'avant-guerre et dans les textes législatifs? Quand ceux-ci parlaient de sociétés anglaises, ou françaises, par exemple, on admettait sans difficulté qu'il s'agissait de sociétés de nationalité anglaise ou française. Ce qui allait de soi avant 1914, ne serait-il plus vrai dans le cas qui nous occupe? D'ailleurs la Cour de Cassation a employé le mot même de nationalité; dans son arrêt du 20 juillet 1915 que nous avons déjà eu l'occasion de citer, elle s'exprimait en ces termes « sont souveraines les constatations et appréciations d'une Cour d'appel qui, pour maintenir la mise sous séquestre d'une société comme étant de *nationalité ennemie*, déclare que... ». La mise sous séquestre de la société est donc bien commandée, dans ce cas, par sa nationalité; et celle-ci, nous l'avons vu dans cet arrêt et dans d'autres, est déterminée non plus par le siège social, mais par le contrôle.

D'après M. MAZEAUD, la mesure du séquestre aurait été appliquée aussi bien à des sociétés françaises qu'à des sociétés ennemies et certains tribunaux auraient précisé que la nationalité des sociétés n'en était pas modifiée. Ce n'est pas tout à fait cela; le séquestre a été appliqué à des maisons d'apparence française seulement, à des sociétés qui n'avaient de français que la façade, c'est-à-dire le siège social.

C'est bien là d'ailleurs la manière de voir du Garde des Sceaux qui dans une circulaire du 29 février 1916 ⁽²⁴⁾, relative à l'application de la loi du 22 janvier 1916 concernant la déclaration des biens des sujets ennemis rappelle « qu'il ne saurait être fait état, à l'égard des sociétés, de leur nationalité d'apparence. » Dans de nombreux cas ce sont précisément les mesures du séquestre qui ont permis aux tribunaux de faire apparaître la véritable nationalité des sociétés. Et si, pour prendre un exemple, l'avocat général GODEFROY ⁽²⁵⁾ reconnaît que « d'après une jurisprudence absolument constante c'est le domicile des sociétés qui détermine leur nationalité et que ce domicile, il faut le chercher là où est le siège social », il ajoute immédiatement que « dans les circonstances actuelles ces théories ne sauraient plus être reçues, qu'il faut admettre des principes différents et décider que, lorsque les rouages essentiels d'une société, les fonds qui l'alimentent, les commanditaires principaux qui en font partie sont étrangers, la société elle-même est étrangère. »

Ainsi dans cette affaire l'avocat général, à l'occasion d'une mise sous séquestre, déclare étrangère une société, parce qu'elle est sous la maîtrise, le contrôle d'étrangers; et s'il rappelle les théories anciennement admises, du domicile et du siège social, c'est pour déclarer qu'elles ne peuvent plus être reçues, qu'elles doivent être abandonnées.

Prétendre donc que la jurisprudence des séquestres n'a rien changé, qu'elle n'a pas porté atteinte aux anciens principes, qu'elle n'a pas soulevé la question

(24) *Journal officiel*, 2 mars 1916.

(25) Conclusions de l'avocat général GODEFROY. Cour de Paris, 7 juillet 1916. *Clunet* 1917-226.

de la nationalité des sociétés, qu'elle a laissé intact l'ancien critérium, c'est se payer de mots, c'est surtout nier l'évidence et faire fi de toute logique. Comme le dit fort bien M. LEVEN (26), il serait vraiment surprenant et même illogique d'admettre qu'une société puisse à la fois avoir le caractère de société française et de société étrangère ou, à tout le moins qu'étant française, elle puisse être traitée comme une société ennemie. C'est précisément en temps de guerre que la question de nationalité se pose d'une manière plus impérieuse et l'on se demande en vérité en quoi peut consister une nationalité qui n'a de valeur que pour le temps de paix, qui, la guerre venue, cesse aussitôt de produire ses effets, de protéger celui qui peut la revendiquer. Comment admettre qu'on puisse encore reconnaître comme sujet et ressortissant d'un Etat celui qui dans certaines circonstances est rattaché à une autre puissance et à ce titre, traité comme sujet ennemi ?

Qu'on le veuille ou non, en appliquant à une société donnée, les mesures du séquestre réservées à des sujets ennemis, la jurisprudence déclarait cette société ennemie; elle fixait donc sa nationalité.

Et, nous l'avons vu, la jurisprudence a été à peu près unanime à rejeter, en cette matière, le critérium du siège social communément admis avant 1914, pour adopter un critérium beaucoup plus rationnel qui s'en tenait au caractère véritable de la société. Pour déterminer la nationalité des sociétés, elle s'était basée non plus sur des considérations théoriques, mais sur différents éléments plus tangibles, sur la nationalité

(26) LEVEN. — La nationalité des sociétés et le régime des sociétés étrangères en France. Paris, 1926, p. 124.

des actionnaires ou associés, sur l'origine des capitaux, la nationalité des gérants ou des administrateurs, la prépondérance des sujets ennemis dans le haut personnel et même quelquefois sur l'objet de la société (27); elle avait ainsi créé un nouveau critérium, celui que des auteurs ont appelé le critérium de la réalité des choses (28).

Les traités de paix avec les différents Etats ennemis allaient, dans leurs dispositions sur la liquidation des sociétés séquestrées pendant la guerre, consacrer ce nouveau critérium sous la dénomination de la *contrôle* des sociétés.

§ 2. *Les traités de paix et la jurisprudence d'après-guerre*

La guerre terminée, les traités de paix vinrent donner une affection aux biens qui avaient fait l'objet d'une mesure de séquestre. Ces biens devaient être liquidés et le produit de la liquidation devait être porté au compte des réparations. Dans son article 297 b, le traité de Versailles stipule :

« Sous réserve des dispositions contraires qui pourraient résulter du présent traité, les puissances alliées ou associées se réservent le droit de retenir et de liquider tous les biens, droits et intérêts appartenant, à la date de la mise en vigueur du présent traité, à des ressortissants allemands ou des sociétés contrôlées par eux sur leur territoire, dans leurs colonies, possessions et pays de protectorat, y compris les ter-

(27) Aix, 29 juillet 1915, déjà cité.

(28) PERCEROU. — Essai sur la nationalité des sociétés. *Annales de droit commercial*, 1926, pp. 5 et suiv.

ritoires qui leur ont été cédés en vertu du présent traité.»

Ainsi le traité de Versailles emploie, pour désigner les sociétés allemandes dont les biens doivent être liquidés les termes de « sociétés contrôlées par eux. » On est tombé d'accord pour donner à ce mot de contrôle sa signification anglaise d'influence, d'autorité; c'est ce qui fut admis au cours de la discussion de la loi du 7 octobre 1919 sur la liquidation des biens mis sous séquestre (29): serait considérée comme ennemie la société qui se trouverait placée sous l'autorité d'ennemis, dirigée par eux. Par ailleurs, la Cour de Nancy a donné dans un arrêt (30) que nous aurons l'occasion de commenter, une excellente définition du contrôle. — « Attendu, dit cet arrêt, que l'article 297 du traité de Versailles permet de liquider les biens appartenant en France, non seulement à des ressortissants allemands, mais encore à des sociétés contrôlées par eux; attendu qu'il n'est pas douteux que l'expression *contrôlée* a été employée par les rédacteurs du traité dans le sens anglais ou américain du mot; attendu qu'en anglais le mot *control* signifie empire, influence, autorité, emprise, et le verbe *control* exercer de l'emprise sur, gouverner, régler, diriger, d'où cette conséquence que contrôler une société signifie exercer sur elle une influence prépondérante, avoir de l'emprise sur elle, la régler, la diriger... » Le mot de contrôle condense donc à peu près les divers éléments dont s'est inspirée la jurisprudence de guerre pour soumettre aux mesures du séquestre les sociétés ennemies et sous cette qualification le traité de paix

(29) *Journal officiel*, 6 août 1919, p. 3859.

(30) Nancy, 5 février 1921. Sirey 1921-2-70.

a consacré le nouveau critérium établi par cette jurisprudence pour la détermination de la nationalité des sociétés.

On a soutenu que le traité de Versailles, dans son article 297 b, n'avait rien innové, qu'il s'était bien gardé de formuler un critérium nouveau de la nationalité des sociétés (31) ou même qu'il n'avait pas entendu trancher une question de nationalité des sociétés (32). Pures affirmations qu'il semble difficile de maintenir en présence d'un texte aussi net que celui du traité; l'article 297 parle en effet de biens « appartenant à des ressortissants allemands ou à des sociétés contrôlées par eux. » En plaçant dans cette phrase le mot *sociétés* à la suite de *ressortissants*, les auteurs du traité ont assimilé les sociétés, personnes morales, aux individus, personnes physiques; dans leur pensée il s'agissait sans aucun doute des individus et des sociétés de nationalité allemande: la nationalité des individus n'avait pas à être définie, parce que suffisamment fixée; par contre cette définition s'imposait pour les sociétés, en raison précisément des controverses nées de la guerre; c'est ce que fait le traité de paix en faisant suivre le mot *sociétés* du qualificatif *contrôlées*. Il en est ainsi non seulement du traité de Versailles, mais aussi des traités de St-Germain avec l'Autriche (art. 249), de Neuilly avec la Bulgarie (art. 177), de Trianon avec la Hongrie (art. 232). Et même le protocole de Lausanne signé par la Turquie le 24 juillet 1923, dans ses articles qui fixent la nouvelle nationalité des sociétés fonctionnant dans les pays détachés de la Turquie, s'écarte à cet égard de l'ancienne

(31) GAIN. — Op. cit., p. 149.

(32) MAZEAUD. — Op. cit., p. 64.

théorie du siège social pour se rallier au système qui fait dépendre la nationalité de la société de celle de la majorité de ses membres (33).

Les traités de paix ont donc bien établi ou consacré un nouveau critérium de la nationalité des sociétés. C'est d'ailleurs ce que pensent d'éminents auteurs (34) et ce qu'a compris la jurisprudence d'après-guerre. Le critérium du contrôle confirmé par les traités a été en effet adopté par différents tribunaux et particulièrement par des juridictions extraordinaires, les tribunaux arbitraux mixtes.

a) *La jurisprudence des tribunaux arbitraux mixtes.*

Institués par les traités de paix (Traité de Versailles, art. 304), pour arbitrer certains litiges entre ressortissants des puissances alliées et associées et ressortissants des pays ex-ennemis, les tribunaux mixtes ont été amenés à se prononcer sur la nationalité des sociétés quand l'une des parties en présence était une société. Pour se déclarer compétent, le tribunal mixte devait en effet dire tout d'abord si cette société avait la nationalité d'un Etat allié ou associé ou la nationalité ennemie; le tribunal devait se déclarer

(33) Voir à ce sujet : CHOUERI CARDAHL. — Condition légale des sociétés étrangères dans les pays sous mandat français en Orient. *Revue de Droit intern. privé*, 1926-315.

(34) M. PERCEROU (Essai précité) qui s'exprime ainsi, en parlant de l'art. 297 b du traité de Versailles: « Ainsi se fortifiait l'idée d'une nationalité des sociétés fondée sur le contrôle; elle devait se développer rapidement et dans de multiples domaines. »

M. NIBOYET. — Note sous Colmar, 29 octobre 1925. *Sirey* 1927-2-33.

incompétent si la société ressortissait à un Etat étranger au traité qu'il s'agissait d'appliquer.

Nombreuses sont les décisions où le tribunal arbitral mixte franco-allemand, pour ne prendre que celui-là, a dû fixer ainsi la nationalité des sociétés; avec une constance qui ne s'est jamais démentie, le tribunal en question a déterminé la nationalité des sociétés, non par le lieu de leur siège social, mais par la nationalité des personnes qui exerçaient le contrôle de ces sociétés.

« Dans les termes du traité de Versailles, déclare le tribunal arbitral mixte dans la décision Damas-Hamah⁽³⁵⁾, la nationalité des sociétés est déterminée par la prédominance des intérêts qui y sont représentés; en conséquence on doit considérer comme société française la société dont le capital-actions et le capital-obligations sont presque exclusivement français, dont le conseil d'administration a toujours été composé d'une majorité de Français et dont le siège administratif est à Paris; et il est sans influence sur le contrôle que la société soit désignée comme ottomane dans sa raison sociale et que son siège soit en Turquie. Par contre on doit considérer comme société allemande la société dont les actions se trouvaient dans une proportion supérieure à 50 % entre les mains de ressortissants allemands ou de sociétés contrôlées par l'Allemagne, dont le conseil était présidé

(35) Décision du 31 août 1921. Société des chemins de fer de Damas-Hamah contre Cie du chemin de fer de Bagdad. Recueil des tribunaux arbitraux mixtes, t. I, p. 401 et Clunet 1923-505. Dans cette affaire l'incompétence du tribunal avait été soulevée, sous prétexte que les deux sociétés ayant leur siège social en Turquie, étaient ottomanes. Le tribunal se déclara compétent en décidant que ces sociétés étaient l'une française et l'autre allemande et cela en vertu du critérium du contrôle.

par un Allemand et dont les assemblées générales se tenaient exclusivement à Berlin. »

Un peu plus tard (30 septembre 1924.), dans l'affaire des Charbonnages Frédéric-Henri, le tribunal arbitral décidait également qu'une société composée en majorité de Français, est française, bien qu'elle soit constituée en conformité de la législation allemande et qu'elle ait son siège social en Allemagne (36). Nous lisons de même dans une décision du 8 juin 1924 (37): « Est apte à se prévaloir des dispositions de l'article 297 du traité de paix une société reconnue personne morale alsacienne-lorraine par jugement français, la grande majorité de son capital étant en mains de personnes d'origine française ou réintégrées de plein droit dans la nationalité française. »

Nous pouvons encore citer dans le même sens d'autres décisions du tribunal mixte franco-allemand, par exemple celles du 27 octobre 1923 (38) et du 3 novembre 1923 (39).

(36) Affaire Frédéric-Henri. Décision du 30 sept. 1921. *Rec. des décisions des T.A.M.*, t. I, p. 422 et *Clunet* 1923-600.

(37) Décision du 8 juin 1923. *Rec. des décisions T.A.M.*, 1923-627.

(38) Décision du 27 oct. 1923. *Sirey* 1924-2-25 avec note HAMEL: « En repoussant la demande de la société Mercier contre l'Etat allemand, le tribunal arbitral mixte franco-allemand applique à la responsabilité des Etats, telle que l'établit l'article 236 b du traité de Versailles, une théorie qui lui est chère; il estime que la nationalité des sociétés n'est pas déterminée par le lieu du siège social, mais par d'autres éléments moins artificiels. Ainsi se trouve résolu une fois de plus le problème que pose le traité de Versailles quant à la nationalité des sociétés... » — HAMEL.

(39) Décision du 30 novembre 1923. *Rec. déc. T.A.M.*, 1924-889. « La réponse à la question de savoir si une société peut être admise en qualité de ressortissante d'un Etat allié à bénéficier des dispositions de l'article 287 du traité de Versailles, dépend exclusivement de la nationalité des associés possédant la majorité du capital social. »

Toutes ces décisions se passent évidemment de commentaires et l'on aurait mauvaise grâce à ne pas admettre qu'il y a quelque chose de changé ; nous sommes loin des théories d'avant-guerre et du critérium du siège social. M. MAZEAUD qui défend la thèse opposée à la nôtre et soutient que la guerre et les traités de paix n'ont pas modifié l'ancien critérium est tout de même forcé de convenir⁽⁴⁰⁾ que certaines décisions des tribunaux mixtes ont voulu voir dans la notion du contrôle un critérium de la nationalité des sociétés⁽⁴¹⁾.

Constatons en passant que deux de ces décisions, décision Charbonnages Frédéric-Henri et décision du 30 novembre 1923 font des réserves sur la notion même de nationalité ; elles estiment que les sociétés n'ont pas de nationalité proprement dite. Qu'on en juge d'après cet attendu : « Attendu que les sociétés anonymes n'ont pas de nationalité proprement dite, puisque une telle nationalité, d'une part confère des droits (tels que le droit de voter, le droit d'être nommé à des fonctions publiques, la protection contre l'extradition, etc...) et d'autre part impose des obligations (telles que le service militaire) qui ne peuvent s'appliquer qu'aux personnes physiques... »

La décision du 30 novembre 1923 confirme les termes du précédent attendu : « le tribunal arbitral mixte confirme sa jurisprudence de l'affaire Frédéric-Henri

(40) MAZEAUD. — De la nationalité des sociétés, p. 64.

(41) Cf. LEVEN, op. cit., p. 142. « L'ensemble de ces décisions émanant tant des tribunaux ordinaires que des tribunaux spéciaux organisés par les traités de paix, montre bien que la notion du contrôle les a inspirés et guidés pour apprécier le caractère d'une société, lui conférer les droits reconnus aux ressortissants des pays alliés, ou la traiter au contraire comme société ennemie. »

aux termes de laquelle les sociétés en tant que personnes morales n'ont pas de nationalité proprement dite et la nationalité des personnes physiques détermine le caractère de l'entreprise qui forme la société.»

Sans dénier directement une nationalité aux sociétés, ces décisions constatent cependant que ce que l'on appelle de ce nom pour les sociétés n'a rien de commun avec la nationalité des individus.

b) *Autre jurisprudence d'après-guerre.*

Les tribunaux mixtes n'ont pas été les seuls à rejeter après la guerre le critérium du siège social; la même jurisprudence a été suivie par d'assez nombreux arrêts des juridictions ordinaires.

Nous pouvons citer en premier lieu à cet égard un arrêt de la Cour de Cassation du 18 juillet 1919 qui considère comme ennemie, bien qu'elle eût son siège social en France, une société qui n'était que la filiale d'une société allemande et se trouvait donc en fait sous le contrôle allemand (42). Mais cet arrêt est intéressant à un second point de vue; il décide en effet que « fait une exacte application du décret du 27 septembre 1914 et de la loi du 15 avril 1915, l'arrêt qui condamne pour commerce avec l'ennemi les relations entretenues avec une société française qui n'est que la filiale d'une société établie en Allemagne. » En considérant les relations entretenues avec cette société

(42) Cassation, Crim. 18 juillet 1919. *Rev. de Dr. intern. privé*, 1920-128.

Dans le même sens, Cassation Req. 21 mai 1921. *Clunet* 1923-3221. On doit mettre sous séquestre comme société allemande la société ayant son siège social à Paris, mais qui n'est que l'organe d'une entreprise allemande ayant son siège à Cologne.

comme du commerce avec l'ennemi, l'arrêt de la Cour suprême condamne la très rare jurisprudence qui avait voulu maintenir dans la matière du commerce avec l'ennemi (dans le sens du décret du 27 septembre 1914), le critérium du siège social (43).

Un jugement également intéressant est celui rendu le 1^{er} avril 1920 par le tribunal régional de Metz (44) qui estime que « pour déterminer la nationalité d'une société anonyme, ayant son siège social en Alsace-Lorraine, au point de vue de sa mise sous séquestre ou de sa liquidation possible, c'est en dépit de toutes les apparences fictives, la réalité des choses qu'il faut considérer, sans s'attacher exclusivement au lieu de la fondation du siège social. » Il s'agit bien ici de la détermination de la nationalité et par un critérium autre que celui du siège social.

La Cour de Paris a d'autre part décidé dans l'arrêt Hermansen du 29 mars 1922, qu'une société constituée à Berlin conformément aux prescriptions de la loi allemande, mais dont le personnel dirigeant est tout entier de nationalité suédoise ou danoise, n'est pas sous le contrôle allemand (45). C'est toujours le même critérium du contrôle qui reparaît; il a été également suivi à plusieurs reprises par la cour de Nancy, tout d'abord dans un arrêt du 5 février 1921 que nous avons déjà eu l'occasion de signaler quand nous avons donné la définition du contrôle (46) et plus

(43) Rouen 3 nov. 1915 et 19 janv. 1916. Arrêts précités.

(44) *Revue d'Alsace-Lorraine*, 1922-24.

(45) Arrêt Hermansen, rapporté par MICHEL, op. cit., p. 182.

(46) Nancy, 5 février 1921. Sirey 1921-2-70.

« Doit être considérée comme une société contrôlée par des ressortissants allemands, au sens de l'article 297 du traité de Versailles, une société minière dont le plus grand nombre de parts appartenaient à des actionnaires allemands (ce qui leur donnait une large majorité dans les assemblées générales),

récemment dans un arrêt du 28 novembre 1924 rendu en matière d'attribution de dommages de guerre. On sait que l'article 3 de la loi du 17 avril 1919 sur la réparation des dommages de guerre n'admet à l'exercice de ce droit de réparation, sauf conventions diplomatiques spéciales, que les Français à l'exclusion des étrangers. Dès lors quand le sinistré est une société, il y a lieu de déterminer préjudiciellement la nationalité de celle-ci. C'est sur un cas de cette espèce que la Cour de Nancy était appelée le 28 novembre 1924 à se prononcer et nous lisons dans son arrêt : (47)

« Si jusqu'à la guerre de 1914-18, il était unanimement admis que pour être réputée française, une société devait avoir été constituée en France, conformément aux lois françaises, avoir son siège social en France et y posséder son principal établissement industriel et commercial, ce critérium susceptible de masquer des fraudes est abandonné aujourd'hui en présence de sociétés à forme française, contrôlées par l'ennemi, alors du moins qu'il s'agit de statuer sur les situations et rapports de droit résultant de la guerre. Dès lors pour savoir si une société en apparence française peut prétendre à des dommages de guerre, il y a lieu de savoir si elle est ou non contrôlée par des Allemands » (48).

dont le conseil d'administration a toujours compris une majorité d'Allemands pouvant exercer une influence prépondérante dans l'administration et la direction de la société et dont les statuts attribuent aux éléments allemands un avantage considérable consistant en la fourniture des deux tiers du minéral extrait et à un prix de faveur. En conséquence les biens d'une telle société située en France peuvent être valablement séquestrés. »

(47) Nancy, 28 nov. 1924. *Gazette du Palais*, 1^{er} avril 1925.

(48) C'est encore au critérium du contrôle que s'en rapportent pour l'attribution des dommages de guerre les arrêts ci-après : Commission supérieure des dommages de guerre, 3 août 1925. Clunet 1926-664. Colmar, 30 mars 1926. Clunet, 1927-134.

Voilà un arrêt des plus nets qui rejette délibérément le critérium du siège social, pour lui substituer celui du contrôle consacré par le traité de Versailles. On nous objectera peut-être que cet arrêt constate l'abandon du critérium du siège social seulement « quand il s'agit de statuer sur les situations et rapports de droit résultant de la guerre. » Nous n'en demandons pas plus, car ce que nous recherchons c'est simplement d'établir la faillite du critérium du siège social pendant la guerre et pour la solution des problèmes nés de celle-ci.

Nous avons enfin un dernier arrêt dont la précision et la netteté ne le cèdent en rien à celles du précédent, nous voulons parler de l'arrêt rendu le 29 octobre 1925 par la Cour de Colmar (49). Les juges prennent ici résolument position contre le système du siège social. Le sommaire de cet arrêt, reproduction textuelle d'un des attendus, est ainsi conçu: « Il y a lieu de rechercher essentiellement le critérium de la nationalité d'une société en nom collectif dans la nationalité de ses associés ou de la majorité d'entre eux, sans que cependant d'autres indications comme par exemple l'activité prépondérante d'un ou de plusieurs associés ou la proportion des intérêts engagés soient entièrement négligeables. Spécialement lorsque sur quatre associés en nom collectif domiciliés en France, un seul est Français par naturalisation, tandis que les trois autres sont tchéco-slovaques, il n'est pas possible dans ces conditions de dire que la société

(49) Colmar, 29 octobre 1925. Arrêt Herrschfeld. Sirey 1927-2-33. Il s'agissait en l'espèce de savoir si la société visée devait être soumise ou non à la prestation de la *cautio judicatum solvi*. La Cour se prononça pour l'affirmative, en considérant que la société était étrangère, parce que les associés étaient étrangers.

en nom collectif soit de nationalité française et le siège social est sans importance pour la question de la nationalité de la société.»

Un autre attendu de ce même arrêt mérite également d'être rapporté parce qu'il motive et fixe les nouvelles tendances de la jurisprudence: «Attendu que, instruits par les expériences de la guerre, les tribunaux hésitent de plus en plus, même à l'égard des sociétés commerciales possédant le caractère de personnes morales, à accepter le principe jadis universellement reconnu aux termes duquel le lieu de leur siège social déterminait leur nationalité, qu'il se dessine dans la jurisprudence une tendance, motivée par de très légitimes appréhensions d'ordre national, qui tend à déterminer le vrai caractère national d'une société commerciale composée entièrement ou en partie de membres étrangers, en recherchant des indications plus sûres et plus caractéristiques que celles qui découlent du lieu seul de son siège...»

Cet arrêt de la Cour de Colmar est d'autant plus intéressant qu'il rompt avec le système du siège social même dans un domaine où ce critérium était admis avant la guerre, c'est-à-dire en matière de *cautio judicatum solvi*. Il a donné à M. NIBOYET l'occasion d'attaquer vigoureusement l'ancienne notion de nationalité des sociétés (50)

On objectera peut-être qu'il ne s'agit en l'espèce que d'une société de personnes et que l'arrêt perd de son importance de ce fait; mais les juges déclarent

(50) NIBOYET, en note de l'arrêt de Colmar. Sirey 1927-2-33. Dans un article subséquent, intitulé: «Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés?», M. NIBOYET se prononce pour la suppression sans réserve de la notion de nationalité appliquée aux sociétés. *Revue de Droit intern. privé*, 1927, pp. 402-417.

que la solution donnée, vaut également pour les sociétés par actions.

Les solutions ainsi adoptées en matière de séquestre et de leur liquidation, d'attribution de dommages de guerre et même, comme ci-dessus, en matière de *cautio judicatum solvi* auraient dû également s'imposer en matière de prorogation d'un bail. L'article 5 de la loi du 19 mars 1918, refusait le bénéfice de la prorogation aux ressortissants ennemis; quand le locataire était une société, les tribunaux devaient déterminer préjudiciellement la nationalité de cette société. Commentant un jugement du tribunal de commerce de la Seine (17 juillet 1918) qui s'était basé en cette matière sur le lieu du siège social, M. PERCEROU⁽⁵¹⁾ estime que c'est bien à tort et que le tribunal aurait du raisonnablement tenir compte de la nationalité des associés, c'est-à-dire s'inspirer de l'idée du contrôle.

Le critérium du siège social devait encore faire faillite dans un autre domaine, dans la question des sociétés d'Alsace-Lorraine.

§ 3. *Le critérium du siège social et l'Alsace-Lorraine.*

Quand, la guerre terminée, l'Alsace et la Lorraine redevinrent françaises, se posa la question de savoir quelle serait la nationalité des sociétés établies dans ces deux provinces. A vrai dire, la question n'aurait pas dû être soulevée. Ne suffisait-il pas en effet d'appliquer les principes d'avant-guerre et de déclarer que toutes les sociétés ayant en Alsace-Lorraine leur siège social devenaient *ipso facto* des sociétés françaises, dès la mise en vigueur du traité de paix? On

(51) PERCEROU. — Op. cit.

ne l'a pas fait parce que la guerre avait montré que la nationalité d'une société était tout autre chose qu'une question de loi applicable à sa constitution et à son fonctionnement, qu'elle est avant tout une notion d'ordre politique et qu'elle est synonyme de loyalisme à l'égard d'un état. Il convenait donc d'établir une discrimination entre les sociétés présentant pour la France toutes garanties et les sociétés ayant des attaches allemandes par l'origine des capitaux investis ou la personnalité des administrateurs (52). Le principe de cette distinction est nettement énoncé, en ces termes, par l'article 54 *in fine* du traité de Versailles: «seront également réputées alsaciennes-lorraines (c'est-à-dire françaises) les personnes morales à qui cette qualité aura été reconnue soit par les autorités administratives françaises, soit par une décision judiciaire.» Cet article aurait été complètement inutile si l'on n'avait pas voulu mettre en échec l'ancienne théorie du siège social pour la détermination de la nationalité des sociétés. Le traité de paix contient donc le principe d'une discrimination en laissant soit aux autorités administratives, soit aux tribunaux le soin de déterminer la nationalité des sociétés d'Alsace-Lorraine; mais s'il pose le principe, le traité n'indique pas le critérium à suivre pour cette détermination. Toute liberté était laissée à l'administration et aux tribunaux. Ici encore le système du siège social fut mis à l'écart et c'est de nouveau à l'idée de contrôle que l'on demanda les solutions; la ligne de conduite à suivre avait d'ailleurs été tracée par une cir-

(52) Sur la question: LE CARPENTIER. — Condition juridique en France des anciennes sociétés d'Alsace et de Lorraine. Clunet 1919, pp. 1035 et suiv.

NIBOYET. — *Revue de Droit intern. privé* 1921-449 et 1922-558. CUQ. pp. 176 et suiv.. — LEVEN. pp. 443 et suiv.—

culaire de la présidence du Conseil ⁽⁵³⁾ du 14 décembre 1918, relative au séquestre des biens ennemis en Alsace et en Lorraine et dans laquelle se retrouvaient les termes de la circulaire du 29 février 1916 sur la déclaration des biens ennemis. Le passage suivant de la circulaire détermine nettement le critérium permettant aux autorités compétentes de distinguer les sociétés devant bénéficier de la francisation de celles qui, assujetties au régime du séquestre, devaient être liquidées en tant que sociétés ennemies.

« Elle (la société ayant son siège social en Alsace-Lorraine) doit être assimilée aux sujets de nationalité ennemie et soumise au séquestre dès que notoirement sa direction ou ses capitaux sont en majeure partie entre les mains de sujets allemands; car en pareil cas, derrière les fictions du droit privé, se dissimule vivante et agissante, la personnalité ennemie elle-même. De même toute société ou entreprise dont la direction ou les capitaux sont directement ou indirectement sous le contrôle ou la dépendance d'une puissance ennemie ou de ses ressortissants, doit être réputée personne interposée, en quelque lieu qu'elle ait son siège. »

C'est donc par le moyen du séquestre qu'a été effectuée la discrimination parmi les sociétés d'Alsace-Lorraine ⁽⁵⁴⁾: les unes ont été séquestrées et liquidées, les autres ont été maintenues et ont ainsi été appelées seules à acquérir la nationalité française. Et

(53) *Journal des Sociétés*, 1919-90.

(54) Cf. Colmar (30 mars 1926. *Rev. d'Alsace-Lorraine*, août 1926): Cette Cour constate que la nationalité des sociétés existant en Alsace-Lorraine au 11 novembre 1928 a été déterminée par la législation du séquestre qui réputait ennemie toute société dont la direction et les capitaux étaient en majeure partie aux mains de sujets allemands.

la mise sous séquestre elle-même a été prononcée d'après le critérium du contrôle et non d'après le système du siège social. Ici comme dans d'autres domaines celui-ci a été totalement mis en échec.

Nous avons, semble-t-il, suffisamment fait la preuve de la faillite de la théorie du siège social pour la détermination de la nationalité des sociétés. A la faveur de la guerre, ce critérium s'est révélé non seulement choquant, trompeur et dangereux, mais complètement inapplicable pour la solution des problèmes soulevés par le grand conflit : commerce avec l'ennemi, séquestres et leur liquidation, dommages de guerre, prorogation du baux, Alsace-Lorraine, etc... Il a dû céder la place, au moins pour la solution des problèmes précités, au critérium du contrôle. Celui-ci est-il préférable ? Ou bien d'autres critères seraient-ils plus satisfaisants ? C'est ce que nous allons examiner dans la section suivante.

SECTION II

De la valeur de critères autres que le siège social.

Dans cette étude nous allons tout naturellement commencer par le critérium que la jurisprudence, sous le nom de critérium de la réalité des choses et ensuite du contrôle, a peu à peu substitué au système du siège social.

a) *Le contrôle.*

Ce critérium qui envisage non pas les éléments matériels de la société, mais les individus qui en ont la maîtrise, présente des avantages indéniables; c'est à peu près le seul, comme nous l'avons vu, qui ait pu donner des solutions pratiques et raisonnables aux différents problèmes soulevés par la guerre; mais nous devons reconnaître avec M. PERCELOU⁽⁵⁵⁾ qu'il s'agissait alors de questions souvent momentanées (séquestres de guerre, dommages de guerre, prorogation de baux), posées dans des circonstances exceptionnelles. Ces problèmes et d'autres analogues, comme par exemple quand il s'agira d'accorder des avantages particuliers à certaines sociétés, peuvent se présenter de nouveau et c'est encore à l'idée du contrôle qu'il faudrait en demander la solution; ils devraient se résoudre d'après la nationalité des associés ou au moins du personnel de direction au moment donné.

Le critérium du contrôle semble également le plus satisfaisant en matière de *cautio judicatum solvi*, et c'est très judicieusement, à notre avis, que la Cour de Colmar⁽⁵⁶⁾ s'est inspirée à cet égard de l'idée du contrôle. Mais comme M. PERCELOU, nous estimons que « lorsqu'il s'agit de déterminer la loi qu'une société devra suivre pour se constituer et sur laquelle elle devra régler son fonctionnement pendant toute sa durée, on ne saurait certainement adopter le système du contrôle, parce que, à supposer que l'on puisse suivre les transmissions de titres (ce qui supposerait la forme nominative obligatoire) il faudrait encore

(55) PERCELOU. — Essai sur la nationalité des sociétés.

(56) Cour de Colmar, arrêt déjà rapporté. Sirey, 1927-2-33.

— chaque fois que, par l'effet des négociations internationales de titres, la nationalité de la majorité des porteurs aurait changé — que la société se transformât pour se placer sous l'empire de la loi nationale de cette majorité. » Et dans le cas où cette transformation n'interviendrait pas, serait-on fondé à invoquer la nullité de la société pour inobservation des formes de constitution ou des règles de fonctionnement dans le pays auquel appartiendrait la majorité nouvelle des détenteurs d'actions ? Ce serait suspendre une trop grave menace sur l'activité de toute société par actions et jeter la perturbation dans son fonctionnement ; ce serait supprimer toute stabilité et toute sécurité aussi bien pour les associés que pour les tiers pouvant se trouver en rapport avec la société.

Le contrôle est donc à rejeter dans ce domaine ; il est un élément trop instable pour être déterminant en une matière où la fixité est nécessaire. La jurisprudence d'après-guerre est très raréfiée sur ce sujet, si l'on met à part les décisions rendues en matière de liquidation de biens séquestrés ou d'attribution de dommages de guerre. Certains de ces arrêts sont cependant très instructifs et font une distinction entre les questions relatives à la constitution et au fonctionnement de la société, dont ils font dépendre la solution du critérium du siège social, et les problèmes nés de la guerre qu'ils règlent à l'aide du contrôle.

Dans son arrêt du 24 décembre 1923, la Cour de Douai⁽⁷⁵⁾ commence par rappeler le principe « que

(57) Douai, 24 décembre 1923. Dalloz. Recueil hebdomadaire de jurisprudence, 1924-194. — La Cour de Douai avait à se prononcer sur l'application de l'art. 297 b du traité de Versailles à une société en commandite ; elle déclara cette société française, parce que les capitaux étant français pour les 5/6 au moins, elle était sous le contrôle français.

la nationalité des sociétés, dont la personnalité est en droit, distincte de celle de ses membres, ne saurait dépendre exclusivement de la nationalité de ces derniers, qu'une telle théorie enlèverait toute fixité à la nationalité d'une société, qu'il doit donc être admis en droit que la nationalité des sociétés, quelle que soit leur forme, se détermine par le lieu du domicile légal de la société, c'est-à-dire de son siège social, où se trouve son principal établissement »; mais elle ajoute aussitôt, en invoquant les mesures de guerre que « d'après ces dispositions, le juge ne doit plus se borner à statuer sur les apparences légales, mais est tenu de chercher la situation réelle de toute société qui comprend des étrangers parmi ses membres, afin d'empêcher que sous la fiction d'une société de nationalité française se dissimule une société de nationalité ennemie. » Ainsi, tout en s'inspirant de l'idée du contrôle pour régler les problèmes nés de la guerre, les juges de Douai constatent que ce critérium enlèverait toute fixité à la nationalité d'une société; et dans leur opinion la nationalité apparaît ici comme synonyme de la loi réglant la constitution et le fonctionnement de la société.

Par ailleurs, la Cour de Colmar, dans un arrêt du 30 mars 1926 ⁽⁵⁸⁾, constate que d'après le droit commun une société anonyme est régie, quant à sa constitution et à son fonctionnement, par la loi du lieu où elle a fixé son siège social et se trouve ainsi posséder, à cet égard seulement, la nationalité française.

De même la Cour de Rennes (26 juillet 1926), considère ⁽⁵⁹⁾ que sous réserve de l'application des lois

⁽⁵⁸⁾ Colmar, 30 mars 1926. *Revue d'Alsace-Lorraine*, juillet-août, 1926.

⁽⁵⁹⁾ Rennes, 26 juillet 1926. *Gaz. Pal.*, 18 décembre 1926. — Dans le même sens Montpellier, 3 mai 1926. *Sirey*, 1926-2-75.

de guerre, la nationalité d'une société se détermine par le lieu du siège social et décide qu'une société à responsabilité limitée fondée à Strasbourg en mai 1921 est soumise à la loi locale pour sa constitution et son fonctionnement.

Ainsi la jurisprudence actuelle qui applique le critérium du contrôle pour la solution des problèmes nés de la guerre, le rejette dès qu'il s'agit de régler les questions relatives à la constitution et au fonctionnement de la société. C'est, comme nous l'avons vu et comme l'exprime la Cour de Douai, parce que, manquant de fixité, le critérium du contrôle est inapplicable en la matière.

b) *Lieu d'exploitation.*

Ce système qui a été sanctionné par quelques décisions de jurisprudence ⁽⁶⁰⁾, est soutenu par certains auteurs ⁽⁶¹⁾. Ceux-ci sont au fond d'accord avec les partisans du critérium du siège social; comme eux, ils estiment que la nationalité des sociétés se détermine d'après leur principal établissement; les deux théories empruntent à cet égard la définition donnée par l'article 102 du Code Civil pour le domicile des personnes physiques. Mais les partisans du système que nous examinons ici, soutiennent que le principal établissement est, non pas le siège social ou administratif de la société, mais le centre de son exploitation, le siège matériel de l'entreprise, le lieu où sont les

(60) Cass. 10 février 1863. Sirey 1863-1-199. — Seine 11 mars 1880. Clunet 1880-195. — Douai 3 août 1882. Clunet 1882-413. — Gand, 18 février 1888. Pasierisic 1888-2-303.

(61) LYON-CAEN et RENAULT. — Traité de Droit commercial, t. II, p. 1168. — WEISS. — Traité de Droit international privé, t. II, p. 417.

chantiers, les usines de la société. « Il semble naturel, disent MM. LYON-CAEN et RENAULT ⁽⁶²⁾, de penser que le législateur a fait des lois pour les sociétés qui exercent leur profession dans le territoire sur lequel il a le pouvoir législatif, et ce sont là les sociétés dont le législateur a intérêt à s'occuper. » Le critérium du centre d'exploitation qui paraît donc à première vue plus rationnel et plus logique que le système du siège social, parce qu'il correspond à une attache matérielle et visible de la société avec le sol du pays dont elle aurait la nationalité, présente l'inconvénient d'être difficilement applicable dans le cas où la société exercerait son activité dans plusieurs pays. En plus de cet inconvénient déjà reconnu avant la guerre, le critérium du centre d'exploitation serait aussi impuissant que celui du siège social à résoudre des problèmes analogues à ceux soulevés pendant la guerre. En effet, une société ayant son centre d'exploitation en France pourrait très bien être sous l'influence étrangère et n'être ainsi en fait qu'une société étrangère. D'ailleurs les nombreuses sociétés séquestrées pendant la guerre en France avaient pour la plupart leur exploitation dans notre pays.

c) *Nationalité des premiers souscripteurs.*

D'après ce système qui semble avoir été admis ⁽⁶³⁾ par le Congrès international des sociétés de 1899 et par un éminent auteur, M. THALLER, la société aurait la nationalité de la majorité de ses premiers sous-

⁽⁶²⁾ LYON-CAEN et RENAULT. — Traité de Dr. comm., t. II n° 1167.

⁽⁶³⁾ Actes du Congrès international des sociétés de 1899. THALLER, — Annales de Droit commercial, 1890-257.

cripteurs. Pour M. THALLER il doit exister une dépendance étroite entre le pays des souscriptions et le lieu choisi pour le siège social, celui-ci servant à déterminer la loi à laquelle une société est soumise; on ne peut se dispenser, selon lui, de donner aux souscripteurs, quand c'est en France que le contrat de souscription se forme, la garantie de l'observation de la loi française sur les sociétés et c'est dans le ressort territorial de cette même loi que doit se trouver le siège social.

Ce système se rapprocherait assez du critérium établi par la guerre, parce qu'il tient compte des individus, membres de la société et qu'il laisse de côté les éléments matériels de celle-ci; il aurait donc été plus que les précédents susceptible de résoudre les problèmes nés de la guerre. Encore ceci ne serait-il vrai que si les titres de la société étaient restés entre les mains des premiers souscripteurs! Ce qui est bien rarement le cas: par l'effet des négociations d'actions, le caractère et les tendances de la société peuvent ne plus correspondre à la nationalité primitive.

Nous pourrions encore envisager d'autres systèmes (64), combinant les éléments des uns et des autres; ils seraient aussi imparfaits que les premiers. Aucun de ces critères ne peut résoudre seul tous les problèmes que soulèvent les sociétés sur le terrain international. C'est ce qui fait que pour des raisons de commodité, certains tribunaux reviennent purement et simplement à l'ancien critérium du siège social. Dans un arrêt du 3 mai 1926, la Cour de Montpellier par exemple (65) a déclaré française une société composée

(64) Voir à ce sujet: GAIN, op. cit., pp. 52-73.

(65) Montpellier, 3 mai 1926. Sirey 1926-2-75, avec note H. R.^o qui s'élève avec force contre l'interprétation de la Cour.

de deux Espagnols, mais ayant son siège social en France. Voilà donc où en arrivent des juges après les enseignements de la guerre; pour eux des Espagnols pris individuellement sont bien des Espagnols, mais s'ils s'associent pour former une société, ils donnent naissance à une personne juridique française. Et à cette personne juridique, composée d'étrangers, ils reconnaissent des prérogatives, accordent des droits auxquels ces étrangers pris comme individus isolés, n'auraient pas le droit de prétendre: véritable anomalie dont on s'étonne que ces juges ne soient pas choqués. C'est une solution à laquelle des Cours mieux placées pour se souvenir (Nancy et Colmar) n'ont pu encore se résoudre. Cependant cet arrêt de la Cour de Montpellier, s'il ne se justifie guère, s'explique tout au moins; nous venons de le dire: devant l'insuffisance des nouveaux critères proposés, les juges de Montpellier ont trouvé beaucoup plus commode de revenir aux principes établis avant la guerre. Ils sont soutenus en cela par quelques auteurs et non des moindres (66).

Mais cette solution simple et facile n'en reste pas moins fausse; nous l'avons déjà démontré.

Aucun critérium ne permet donc de régler convenablement toutes les questions qui se posent relativement aux sociétés, ni le critérium du contrôle, ni celui du centre d'exploitation, et le critérium du siège social pas plus que les autres. Tous les efforts faits avant la guerre pour établir et justifier ce dernier ont été absolument vains; les nouveaux problèmes

(66) LYON-CAEN. Préface de LEVEN. — De la nationalité des sociétés, 1926.

WAHL. — Situation des sociétés de nationalité ennemie ou composées de sujets ennemis. *J. des sociétés*, 1916.

MAZEAUD. — De la nationalité des sociétés. *Clunet* 1928-30.

soulevés par la guerre ont entraîné une évolution de la jurisprudence; mais depuis, celle-ci semble hésiter et se contredire. Si l'on examine de haut toute cette jurisprudence rendue dans la question dite «de la nationalité des sociétés» on se rend compte qu'elle diffère suivant l'angle sous lequel elle envisage le problème; elle est empêtrée dans un imbroglio.

On est donc en droit de se demander si la question a été bien posée à son origine. Il nous semble que la jurisprudence a fait fausse route dès le début en appliquant aux sociétés la notion de nationalité et en s'attachant étroitement à cette notion artificiellement créée. Il n'existe pas, à notre avis, de nationalité des sociétés; c'est ce que nous allons nous efforcer de démontrer.

CHAPITRE II

Les sociétés n'ont pas et ne peuvent pas avoir de nationalité.

Le titre que nous donnons à notre second chapitre appelle évidemment une division. Nous allons devoir prouver tout d'abord que les sociétés n'ont pas de véritable nationalité: un premier examen de la jurisprudence de guerre nous a montré comment les tribunaux ont, pour la solution des problèmes nouveaux posés depuis 1914, abandonné l'ancien critérium du siège social; nous allons faire un pas de plus et établir à la lumière des événements de la guerre que les sociétés n'ont pas en fait de véritable nationalité. Ce sera l'objet d'une première section de ce chapitre. Dans une deuxième section, nous montrerons que la notion de la nationalité est inapplicable aux sociétés; et ici notre travail serait incomplet si nous ne réfutions par les arguments des auteurs qui, comme MM. LEVEN et MAZEAUD, se sont tout récemment encore fait les défenseurs de la thèse contraire.

SECTION I

Les sociétés n'ont pas de nationalité.

Nous avons indiqué dans quelles conditions et dans quelles circonstances la notion de nationalité avait été appliquée aux sociétés avant la guerre de 1914 et comment la nationalité d'une société fixait avant toutes choses la loi à laquelle celle-ci devait être soumise pour sa constitution, son fonctionnement et sa dissolution. On raisonnait de la manière suivante: la société est une personne morale; comme les personnes physiques elle a un domicile ainsi qu'une nationalité, celle-ci étant déterminée par le domicile que l'on s'accordait généralement à fixer au lieu du siège social réel et sérieux.

Notre législation⁽¹⁾ et notre jurisprudence ainsi qu'une fraction importante de la doctrine admettent en effet que les sociétés ont une personnalité, c'est-à-dire qu'elles ont une vie juridique distincte de celle

(1) L'existence de la personnalité morale d'une société n'est pas directement affirmée par la loi, tout au moins par le Code civil, — car plusieurs lois récentes s'y réfèrent expressément, — mais elle s'induit de tout un ensemble de textes: Art. 529 C. Civ. — Art. 69 Code de procédure civile. — Art. 438 et 531 C. Comm.

des individus qui la composent (2). Sur ce point tout le monde est à peu près d'accord (3), mais les divergences apparaissent dès qu'il s'agit d'expliquer la nature juridique de cette personnalité et surtout de déterminer exactement les effets et les conséquences de cette dernière.

Parmi les nombreux systèmes qui ont été proposés (4), la doctrine classique très en honneur avant la guerre en France (BOISTEL, LYON-CAËN et RENAULT), voyant dans la personne morale une fiction de la loi, un être abstrait, dissociait complètement la société de ses membres et poussait à un point extrême les effets de la personnalité; elle assimilait en quelque sorte les personnes morales aux personnes physiques; leur donnant un domicile, elle leur conférait en particulier une nationalité avec tous ses attributs et tous ses effets. « Sans doute, dit M. LYON-CAËN (5) une société de commerce est une personne morale, un être fictif. Mais une fois la fiction admise, il faut en tirer les conséquences logiques qui en découlent: la personne morale doit jouir des mêmes droits et être traitée de la même manière qu'un individu. » M. PILLET reconnaît à la thèse classique de la personnalité morale le mérite —

(2) Bibliographie de la question: MICHOD. La théorie de la personnalité morale 1906-1909. — SALEILLES. De la personnalité juridique, 1910. — PILLET. Les personnes morales en droit international privé, pp. 1 et suiv. — LAURENT. Principes de Droit civil, t. I, n° 287 et s. — LYON-CAËN, et RENAULT. Traité de Droit comm., n° 105 et s. — THALLER. Traité élémentaire de Droit commercial, pp. 208-222 et les références citées p. 222, note 1.

(3) Contra cependant: VAN DEN HEUVEL. De la situation légale des associations sans but lucratif, p. 35. — DE VAREILLES-SOMMIÈRES. Les personnes morales, p. 150. — PLANIOL. Traité élémentaire de Droit civil, t. I, n° 675.

(4) Sur ces différents systèmes, voir: ROMAN. La nationalité des sociétés civiles et commerciales, 1919, pp. 15-30.

(5) LYON-CAËN. — Note au Sirey 1885-1-169.

en admettant que c'en soit un, se hâte-t-il d'ajouter — qu'elle est la seule de toutes en mesure d'expliquer comment la nationalité d'une société, résultant de l'endroit de son siège social, peut n'être pas influencée par la nationalité personnelle de ses membres (6).

Cette théorie s'appliquait sans grand inconvénient avant 1914 dans le domaine où elle était née: détermination de la loi applicable à la société pour sa constitution et son fonctionnement; mais, la guerre survenant, elle se heurta, nous l'avons vu, à des obstacles insurmontables et dut plier devant les exigences de l'intérêt national et de la défense du pays. Pour la mise sous séquestre des sociétés ennemies, les tribunaux ont été contraints d'abandonner cette conception trop rigide; ils se sont rendu compte que pour la solution des questions qui leur étaient soumises, ils ne pouvaient faire abstraction de la personnalité et de la nationalité des associés; pour l'application de la loi, ils ont recherché les individus qui se cachaient derrière la société, être abstrait et fictif, et rejeté celle-ci au second plan. M. PÉPY (7) porte sur la jurisprudence de guerre ce jugement: « On voit combien cette méthode est infiniment plus réaliste que l'ancienne, mais on voit aussi qu'elle renferme tout un bouleversement de la théorie des sociétés et qu'elle porte une atteinte profonde au principe que la société est un être abstrait ayant une personnalité distincte de celle des associés. » Ce jugement est peut-être excessif, s'il signifie que les sociétés n'ont pas de personnalité; mais ce qui est vrai, c'est que la jurisprudence de guerre a dépouillé la personnalité d'une importance

(6) PILLET. — Des personnes morales en Droit international privé, 1914, pp. 117 et suiv.

(7) PÉPY. — Op. cit., p. 165.

qu'on lui avait conférée à tort. Quand il s'agit d'apprécier l'activité d'une société, il ne suffit pas de s'en tenir à sa seule personnalité; celle-ci n'est pas tout dans une société; on doit également tenir compte des individus qui la composent et surtout de ceux qui la dirigent. La société n'est pas autre chose qu'une forme de l'activité des personnes physiques; elle n'est rien sans les individus. Considérer la société comme une entité absolument distincte des individus, comme une autre personne aussi semblable que possible aux personnes vivantes, c'est attribuer à la notion de personnalité morale des effets qu'elle n'a pas. C'est ce qu'ont compris et mis en évidence les tribunaux pendant la guerre: les juges ont recherché les hommes poursuivant leur activité derrière la façade des sociétés. Cette manière de voir qui est commune à la jurisprudence de guerre et en général d'après-guerre se trouve développée d'excellente façon dans la circulaire ministérielle du 29 février 1916, dont les termes se retrouvent d'ailleurs dans une autre circulaire du 11 décembre 1918, sur les séquestres en Alsace-Lorraine; elle est spécialement mise en relief par les conclusions de l'avocat général GODEFROY dans l'affaire des mines de Barbéry et dans une affaire analogue, l'affaire Freitag. Le Garde des Sceaux et M. GODEFROY opposent (8) les principes du droit privé à ceux du

(8) Circulaire du 29 février 1916, Journal *La Loi*, 3-4 mars 1916 : Les formes juridiques dont la société est revêtue, le lieu de son principal établissement, tous les indices auxquels s'attache le droit privé pour déterminer la nationalité de la société sont inopérants, alors qu'il s'agit de fixer au point de vue du droit public, le caractère réel de la société. Elle doit être assimilée aux sujets de nationalité ennemie, dès que notoirement sa direction et son capital sont en totalité ou en majeure partie entre les mains de sujets ennemis, car en pareil

droit public; ils estiment que la question à résoudre (mise sous séquestre des sociétés ennemies) est du domaine du droit public, que dans l'espèce les indices auxquels s'attache le droit privé sont inopérants, qu'il faut tenir compte moins des formes juridiques dont la société est revêtue, moins de la fiction du droit que des individus, des personnes vivantes et agissantes qui se dissimulent derrière cette fiction. Cette distinction est riche d'enseignements. Elle signifie tout d'abord qu'en matière de droit public, le ministre et les tribunaux font abstraction de la personnalité morale des sociétés pour la rejeter dans son domaine, le droit privé. Sans nier l'existence de la personnalité morale, ils sont d'avis qu'elle ne doit pas être prise en considération pour fixer le caractère de ces sociétés au point de vue du droit public. Les principes nouveaux ainsi formulés par la circulaire du Garde des

cas derrière la fiction du droit se dissimule, vivante et agissante, la personnalité ennemie elle-même.

Conclusions de M. GODEFROY. Affaire Mines de Barbéry. Clunet 1917-226: Peut-on admettre en 1916, après cette législation de guerre que vous connaissez, décret du 27 septembre 1914, loi du 4 avril 1915, qu'une société ne perd pas sa nationalité apparente, lorsque tous ses rouages essentiels, comme dans l'espèce actuelle, lorsque ses actionnaires principaux, je pourrais dire la totalité de ses actionnaires, sont des étrangers et que tout enfin dans son activité sociale doit profiter à l'étranger, et dans l'espèce à un pays ennemi? Voilà, messieurs, la question telle qu'elle nous est posée et telle qu'elle se présente à votre jugement. Je dis très nettement que si la question pouvait se discuter avant le décret du 27 septembre 1914, aujourd'hui il faut faire un pas en avant, un pas très hardi et décider qu'en présence de notre législation de guerre, et de la volonté très ferme manifestée par le législateur d'atteindre toutes les institutions étrangères, toutes les personnes morales appartenant à des sujets ennemis qui sont implantés sur le sol français, il est nécessaire de se laisser guider par des principes différents, nets et précis, fixés sur le droit public, puisqu'aussi bien nous nous trouvons en présence d'une législation qui édifie une loi de police et de sécurité générale. — Cf. Conclusions GODEFROY. Affaire Freitag. Clunet 1917-229.

Sceaux ont été, nous l'avons vu, appliqués par la jurisprudence de guerre et d'après-guerre. Une atteinte profonde était donc portée à la théorie classique qui, appliquée logiquement en la matière, aurait dû faire totalement abstraction des individus.

De cette jurisprudence de guerre qui a ramené dans de justes limites la notion de personnalité morale des sociétés se dégage une autre constatation extrêmement importante : c'est que la question dite « de la nationalité des sociétés » n'est pas une, comme on l'admettait volontiers avant 1914, mais qu'elle se présente sous différents aspects et que le problème doit donc être résolu divisément. Avant la guerre les tribunaux avaient eu à examiner des questions de droit privé ; ils les ont tranchées alors par le critérium du siège social. Pendant la guerre, ce sont des questions de droit public, d'ordre politique qui leur ont été soumises ; pour les résoudre, ils ont eu recours à un autre critérium, celui de la réalité des choses. Existerait-il donc deux nationalités pour les sociétés, l'une de droit privé et l'autre de droit public ? On a prétendu trouver ⁽⁹⁾ cette distinction dans la circulaire minis-

(9) PÉRY. — Nationalité des sociétés, p. 180.

D'ailleurs M. PÉRY critique cette distinction dont il explique ainsi la naissance : « Quoi qu'il en soit, il nous semble qu'il ne saurait y avoir de doute sur l'accueil à faire à cette étrange équivoque de sociétés qui, françaises au yeux du droit privé, seraient étrangères aux yeux du droit public. C'est là un bon exemple des conséquences que peut avoir une théorie juridique fausse. La jurisprudence et la doctrine s'étaient avant la guerre, obtinées à vouloir doter les sociétés d'une nationalité, sans se demander si, de par leur nature, les sociétés pouvaient avoir une nationalité ; la guerre avec sa brutalité avait eu vite fait de montrer à tous l'inanité d'une telle conception ; et pour échapper aux conséquences révoltantes de la théorie courante, sans pourtant rompre complètement avec elle, voilà qu'on était conduit à introduire dans le droit des équivoques nouvelles, des distinctions illogiques.

térielle du 29 février 1916 et aussi dans les conclusions de l'avocat général GODEFROY. Nous ne pensons pas que tel soit le sens des documents en question; leurs auteurs constatent avant tout l'existence de problèmes différents de ceux généralement soulevés avant la guerre; ils leur donnent des solutions différentes de celles admises avant 1914. Et ni le Garde des Sceaux ni M. GODEFROY n'ont voulu dire qu'il existait deux nationalités pour les sociétés. En effet la notion de nationalité est une; elle n'est pas divisible; elle ne peut être ni dédoublée ni scindée et pour employer l'expression si juste de M. Niboyet⁽¹⁰⁾, il ne paraît pas possible de faire d'une société un de ces êtres bicéphales auxquels la loi Delbrück de triste mémoire nous a habitués.

La nationalité est ou politique ou de droit privé. Si la question pouvait être encore discutée avant 1914, la guerre a mis un terme à la controverse et fait apparaître la nationalité sous son aspect véritable, son aspect politique⁽¹¹⁾. N'est-ce pas en effet dans des crises comme la dernière guerre que la question de nationalité se pose de la façon la plus impérieuse? La nationalité prend alors son vrai sens et produit ses effets les plus décisifs. Les tribunaux ont situé le problème sur le terrain du droit public et ayant à se prononcer en matière de sociétés, ils ont considéré non pas la personnalité morale de la société, mais les individus qui s'abritaient derrière elle. N'est-ce pas reconnaître implicitement que les sociétés, considé-

(10) NIBOYET. — Note sous Colmar. Sirey 1927-2-33.

(11) Nous aurons l'occasion, dans la section suivante, d'examiner la question de plus près; nous verrons que pour de très nombreux auteurs, la nationalité est une notion politique et que la Cour de Cassation elle-même s'est définitivement prononcée dans ce sens.

rées comme telles, n'ont pas de véritable nationalité? Mais que penser alors de la nationalité des sociétés, telle qu'elle était comprise avant 1914 et que la jurisprudence déterminait par le lieu du siège social? Nous savons que la jurisprudence d'avant-guerre a eu surtout à résoudre des difficultés du domaine du droit privé. Abusée par la notion de personnalité morale, elle a cru se trouver en présence de questions de statut personnel et elle est partie sur une fausse piste; pour résoudre ces questions, elle a voulu appliquer la loi nationale des sociétés. La nationalité n'étant pas chose réglée par les textes, la jurisprudence a posé des principes pour la déterminer; mais ces règles, elles les a élaborées en partant de considérations de droit privé. Le critérium du siège social établi dans ces conditions avait toutes les chances d'être faux au point de vue politique, le seul qui compte, la guerre l'a suffisamment prouvé. Les tribunaux ont alors élaboré un nouveau critérium en partant de considérations politiques, qui avait quelque chance de pouvoir être juste. Mais quand on a voulu appliquer ce nouveau critérium de la nationalité au droit privé, on a éprouvé certaines difficultés et quelques tribunaux l'ont par la suite abandonné (12). Qu'est-ce que cela prouve? C'est qu'au point de vue du droit privé la notion de nationalité est à rejeter. En réalité les tribunaux pas plus avant 1914 que pendant la guerre, ne l'ont jamais appliquée; ils ont simplement baptisé de ce nom quelque chose de tout différent, quelque chose qui n'a rien à voir avec la nationalité, notion politique. En déclarant que telle société était française, anglaise ou allemande, ils ont voulu dire qu'au

(12) Montpellier 3 mai 1926. Sirey 1926-2-75.

point de vue du droit privé, c'est-à-dire en ce qui concerne sa constitution, son fonctionnement et sa dissolution, cette société était soumise à la loi française, anglaise ou allemande, à la loi du pays où elle avait son siège social⁽¹³⁾. L'expression de nationalité était fausse et si le Garde des Sceaux dans sa circulaire du 29 février 1916, ainsi que l'avocat général GODEFROY employaient encore ce terme en parlant du droit privé, nous estimons avec M. PÉPY que c'était pour sacrifier dans une certaine mesure aux principes anciennement admis qu'ils n'osaient encore attaquer de front⁽¹⁴⁾ et peut-être aussi parce qu'ils ne distinguaient pas encore le problème avec une parfaite netteté. Plus tard l'inexactitude du terme est devenue évidente et il s'est même trouvé des tribunaux pour le proclamer⁽¹⁵⁾.

Ainsi les événements de la guerre, en transportant la notion de nationalité sur son véritable terrain, le droit public, ont montré que ce qu'avant 1914 on appelait nationalité, n'a rien de commun avec cette notion; et dans le domaine du droit public, les tribunaux, faisant abstraction de la personnalité morale de la société, n'ont tenu compte que de la nationalité des individus. N'est-ce pas à l'égard des sociétés, la faille pratique de l'idée même de nationalité ?

Le législateur doit d'ailleurs convenir lui-même que l'on a fait fausse route avant 1914. L'exposé des motifs du projet de loi du 27 janvier 1920 sur l'établis-

(13) Cf. NIBOYET note sous Colmar. Sirey 1927-2-33.

(14) PÉPY. — Op. cit, p. 163.

(15) Tribunal arb. mixte franco-allemand, 30 novembre 1923: Attendu qu'une société en commandite est, au point de vue du droit privé, soumise aux dispositions de tel code ou de telle loi en vigueur dans le pays où elle a son siège social, sans qu'elle ait obtenu la nationalité de ce pays. Rec. T.A.M. 1924-889.

sement et le séjour des étrangers en France⁽¹⁶⁾ est significatif à ce sujet; nous y pouvons lire: « Une des questions les plus controversées est celle de savoir si les sociétés financières, commerciales ou industrielles sont susceptibles ou non de posséder une nationalité véritable. Sans se prononcer à cet égard et en réservant la solution qu'il convient de donner à ce problème, l'article 15 du projet, en vue de remédier immédiatement à certains abus, interdit l'usage de la qualification de française aux sociétés régies par les lois françaises comme ayant leur siège social en France, mais qui n'auraient pas un personnel de direction en majorité français. »

Notons que la commission de la Chambre des Députés a écarté cet article 15 du projet, estimant qu'il était préférable de recourir à une loi spéciale sur cette matière⁽¹⁷⁾; la loi en question n'a pas encore été votée jusqu'à ce jour. Quoi qu'il en soit le législateur reconnaît que le problème reste posé et par là il condamne implicitement les théories admises avant 1914; l'ancienne notion de nationalité des sociétés est considérée par lui comme périmée. Mieux que cela: en faisant parmi les sociétés qui ont en France leur siège social et qui sont ainsi soumises à notre loi, la distinction consistant à accorder aux unes la qualification de française et à la refuser aux autres, il rejette formellement, à notre avis, l'idée de nationalité telle qu'elle était comprise avant la guerre à l'égard des sociétés. En effet dans l'ancienne théorie, le fait pour une société d'avoir en France son siège social équivalait à posséder la nationalité française. Or le projet de 1920 conteste à certaines sociétés avec

(16) *J. off.* 27 janvier 1920. Chambre, annexe n° 248.

(17) Clunet 1920, p. 565.

siège social en France le droit de prendre la qualification de françaises; les auteurs du projet n'ont évidemment pas voulu dire qu'une société de nationalité française ne pourrait pas se réclamer de cette qualité; ce serait du plus pur paradoxe. Ils n'ont pas non plus voulu dire qu'il pouvait exister pour les sociétés deux nationalités, l'une, supérieure conférant le maximum de droits, l'autre, inférieure ne comportant pas certains droits et prérogatives cependant attachés à la qualité de ressortissant français. Ils ont au contraire entendu condamner une théorie qui avait suffisamment révélé son caractère néfaste. Et dans diverses lois qu'il a consacrées par la suite aux sociétés, le législateur a évité de même de parler de nationalité. Une loi récente du 13 juillet 1925, est inspirée de ce souci; cette loi qui dans son article 61 fait aux sociétés civiles une obligation de déposer au bureau de l'enregistrement du lieu où elles ont leur principal établissement une déclaration détaillée contenant des renseignements sur l'objet, le siège, la durée, l'acte constitutif de la société et sur chacun des associés, directeurs ou gérants stipule en son article 65: « Les dispositions qui précèdent sont applicables aux sociétés civiles constituées à l'étranger entre personnes de nationalité française ou comprenant un ou plusieurs associés français. » L'article 65 vise certainement les sociétés appelées anciennement « sociétés étrangères »; il s'abstient cependant d'appliquer le qualificatif d'étrangères à ces sociétés; il parle seulement de sociétés constituées à l'étranger.

On peut faire une constatation identique dans l'accord commercial conclu entre la France et l'Allemagne le 17 août 1927 à Paris (18). L'article 26 de cet

(18) *J. off.* 31 août 1927. Clunet 1928-236.

arrangement, consacré aux sociétés de commerce ne recourt aucunement à la nationalité pour les déterminer; il parle de sociétés « ayant leur siège sur le territoire de l'une des parties contractantes, de sociétés établies sous la législation d'une de ces parties. » Cette convention désigne donc les sociétés par le lieu de leur siège social, par la législation à laquelle elles se sont soumises pour leur constitution; la nationalité n'est plus mentionnée.

Ces quelques exemples nous montrent bien que le législateur s'engage, quoique timidement encore, dans la voie nouvelle tracée par la jurisprudence qui dans son ensemble fait abstraction de l'idée de nationalité en matière de sociétés.

SECTION II

La notion de nationalité est inapplicable aux sociétés.

La guerre, en posant relativement à l'activité des sociétés des problèmes inconnus ou à peine entrevus jusqu'alors, a fait apparaître l'insuffisance tant de l'ancien critérium du siège social que des nouveaux critères proposés pour la détermination de la nationalité des sociétés; elle a fait plus; elle nous a montré que les problèmes soulevés par l'activité des sociétés ne sont pas du seul et même ordre, qu'il faut y voir au contraire une série de questions distinctes appelant des solutions différentes, lesquelles ne peuvent

être trouvées toutes dans l'idée unique de nationalité; elle a établi en fait que les sociétés n'ont pas de véritable nationalité. Si les sociétés n'ont pas de nationalité, c'est parce qu'elles ne peuvent pas en avoir, parce que cette notion leur est étrangère, ne leur est pas applicable; c'est ce que nous allons nous efforcer de démontrer.

En appliquant aux sociétés la notion de nationalité, la jurisprudence d'avant-guerre s'était peu préoccupée d'analyser la nature réelle de cette nationalité; cette idée lui avait paru commode et pratique pour résoudre les problèmes qui étaient alors soumis à son appréciation. Comme le danger de cette notion ne lui apparaissait pas encore, la jurisprudence s'en était servie largement sans chercher plus loin. « Il lui a toujours paru, dit M. MAZEAUD⁽¹⁹⁾ qu'il y avait des sociétés nationales et des sociétés étrangères, des sociétés françaises et des sociétés anglaises, ou belges, qu'il y avait une nationalité des personnes morales comme il existe une nationalité des personnes physiques. Le principe a semblé si évident aux tribunaux qu'ils ne l'ont même que rarement exprimé⁽²⁰⁾, se contentant de rechercher le critère de cette nationalité. »

Le législateur qui avait laissé aux tribunaux le soin de créer cette nationalité et de fixer le critérium qui devait la déterminer, s'est à son tour servi de

(19) MAZEAUD. — De la nationalité des sociétés. *Clunet* 1928-33.

(20) *Lille* 21 mai 1908. *Sirey* 1908-2-177: « Attendu que les sociétés, de même que les individus, ont une nationalité, » Avec note DEMOGUE.

Montpellier 3 mai 1926. *Sirey* 1926-2-75: « Attendu qu'une société commerciale constitue un être moral, une personnalité juridique, distincte de la personne des associés; que par suite, elle a sa nationalité propre... »

l'idée; de nombreux textes législatifs (21) distinguent en effet des sociétés françaises et des sociétés étrangères. Mais jamais le législateur, pas plus que les magistrats, n'a pris la peine de donner le sens exact de ce qualificatif et de dire s'il était synonyme d'une véritable nationalité, cela probablement parce que la nécessité n'en était jamais apparue.

Les auteurs eux-mêmes s'étaient peu préoccupés jusqu'en ces dernières années de définir la nationalité; ils se contentaient d'affirmer l'existence de cette nationalité (22), en soulignant avant tout son utilité pratique.

« Ne serait-ce qu'une fiction, c'est une fiction nécessaire, dit M. PIC (23); une société ne peut être *heimatlos*, ce serait une situation anarchique qui engendrerait les plus graves abus; il faudra toujours différencier avec soin les sociétés qui sont soumises à nos lois et celles qui en diffèrent. » M. GAIN (24) insiste lui aussi sur l'utilité pratique de conférer aux sociétés une nationalité sans penser à démontrer l'existence de cette nationalité, cependant remise en discussion à la faveur des événements de la guerre (25)

(21) Loi du budget du 28 décembre 1895, art. 5, alinéa 2.

Loi du 22 novembre 1913, modifiant l'art. 31 de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés.

Loi du 18 mars 1919 (art. 9) portant création d'un registre du commerce.

(22) LYON-CAEN. — Des conditions à exiger pour que les sociétés soient françaises. Clunet 1917-5: « Les sociétés comme les individus ont une nationalité: il y a des sociétés françaises et des sociétés étrangères. » — Dans le même sens: SALEM. La question de la nationalité et les intérêts français à l'étranger. Clunet 1919-23.

(23) PIC. — Clunet 1917-841.

(24) GAIN. — Op. cit., pp. 19-20.

(25) On sait que depuis la guerre la notion de nationalité appliquée aux sociétés a fait l'objet d'ardentes critiques: THALLER. *Revue pol. et parlem.* 1917-297. — LANDRY, JORDAN, PÉPY, HAMEL, NIBOYET; références indiquées supra.

Dans les toutes dernières années, il s'est encore trouvé d'autres auteurs, dont M. LEVEN et surtout M. MAZEAUD pour prendre la défense de la thèse ancienne: ceux-ci ne se bornent plus comme leurs devanciers à souligner simplement l'utilité de la nationalité des sociétés; ils s'efforcent de prouver juridiquement son existence.

En même temps que nous soutiendrons la thèse contraire, nous devons donc réfuter les arguments apportés par ces auteurs.

C'est, nous l'avons vu, en partant du concept de la personnalité morale que la jurisprudence a créé l'idée de nationalité pour résoudre les divers problèmes nés de l'activité des sociétés et en particulier ceux relatifs au rattachement des sociétés à un système juridique quant à la loi régissant leur constitution et leur fonctionnement et aussi quant au lieu de dépendance les reliant à un Etat donné. Ce qui a beaucoup obscurci le problème, dit M. ARMINJON, c'est qu'on a fait dépendre sa solution de celui de la personnalité morale (26). Nous estimons que cette façon de faire a non seulement obscurci le problème, mais l'a détourné de sa véritable solution. Qu'est en effet une société? « C'est, dit l'article 1832 du Code Civil, un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter. » La société n'est donc qu'un simple contrat en vue de la réalisation duquel des individus se sont groupés et créé un organisme qui est la société telle qu'elle apparaît à nos yeux. Cependant pour des motifs d'ordre public, dans un but de protection des épargnants qui confient leur argent à

(26) ARMINJON. — Les sociétés, les associations et les fondations en droit international privé, *Revue de Droit international et de législation comparée*, 1927-360.

la société et aussi des tiers qui entrent en relations avec elle, la loi a réglé minutieusement la constitution, le fonctionnement et la dissolution de cet organisme. Celui-ci est ainsi placé de par la loi dans un état de droit extraordinaire; cet état de droit n'est qu'une modalité de la vie juridique des associés (27). C'est en cela que consiste la personnalité morale de la société; elle est cela et rien de plus; elle n'a donc rien de commun avec une personne physique. M. HAMEL dit très justement à cet égard (28): « Que sont en effet les sociétés sinon un mode d'activité des particuliers qui trouve sa base dans un contrat? D'où vient d'une manière générale l'individualité propre des sociétés, sinon d'un concept juridique commode, d'une construction de technique qui permet de grouper aisément un certain faisceau de prescriptions légales et d'intérêts pratiques? Mais la construction des techniciens ne doit pas être prise pour une réalité vivante. Vouloir lui donner tous les caractères d'une véritable personne physique, vouloir en particulier lui reconnaître une nationalité calquée sur celle des personnes physiques, ne serait-ce pas outrepasser la valeur des constructions juridiques et en fausser le fonctionnement, ne serait-ce pas réaliser une abstraction? »

M. HAMEL se rencontre ici avec plusieurs auteurs qui n'admettent pas la théorie classique de la personnalité morale dans toute sa plénitude. MM. THALLER

(27) LAÏNÉ. — Personnes morales en droit intern. privé. Clunet 1893-279. « Les personnes dites morales sont des groupes, des associations d'hommes réunis en vue d'un effort et d'un but commun, et qui, de par la loi, se trouvent placées dans un état de droit extraordinaire... Les personnes morales ou civiles ne sont autre chose que des modalités de la vie juridique des personnes naturelles. — Rapporté par PÉRY, p. 117.

(28) HAMEL. — Note sous décision du tribunal arbitral mixte franco-allemand du 27 octobre 1923. Sirey 1924-2-25.

et PERCEROU (29) sont assez réservés à cet égard; pour eux la personnalité des sociétés n'est pas de prime abord très logique, elle n'est qu'une fiction de langage; « c'est, disent-ils, un terme commode, destiné à représenter à l'esprit la condition de plusieurs personnes physiques soumettant un ensemble de biens à une gestion centralisée. C'est sur les associés eux-mêmes que reposent les droits résultant de l'exploitation de la société, ce sont eux qui sont copropriétaires du capital social. » Ces auteurs estiment que la preuve de la personnalité morale n'est pas faite; « cependant, ajoutent-ils, il faut convenir que la fiction de personnalité est commode et peu dangereuse en somme, s'il est bien entendu qu'on n'use par là que d'une simple forme de langage, destinée à traduire la pensée d'une indivisibilité d'intérêts permettant aux parties d'agir à plusieurs comme si elles n'étaient qu'un seul »; et sous ces réserves, ils conservent la théorie de la

(29) THALLER et PERCEROU. — *Traité élémentaire de droit commercial*, 1925, 7^e édition, nos 275 in fine, 277, 280, 294.

Idem THALLER et PIC. — *Collection théorique et pratique de droit commercial. Traité des sociétés* n° 161 et 1.

Cf. PLANIOL. — *Traité élem. de Droit civil*, 1^{er} vol., n° 675: « Les prétendues personnes morales ne sont que des choses, puisqu'il s'agit tout simplement d'une propriété collective et que la fiction de personnalité n'est qu'un procédé destiné à en simplifier la gestion. »

PILLET dans préface ROMAN. — *La nationalité des sociétés*, 1919: « Qu'une société puisse être un sujet distinct de droits et de devoirs, que ce régime soit pour certaines sociétés une nécessité absolue, c'est ce que prsonne ne peut nier. Il faut donc que certaines sociétés au moins soient des personnes juridiques, mais elles diffèrent des personnes physiques et en dépit des efforts d'une certaine science, on n'a pas encore vu les bras et les jambes d'une société.... La doctrine commune nous parle du statut personnel d'une société, de son état, de sa capacité. Attribuer une capacité à un être purement juridique qui n'a aucune volonté propre, qui ne peut ni consentir, ni refuser, ni choisir, cela passe en vérité les bornes de la raison. »

personnalité morale. MM. THALLER et PERCEROU n'admettent donc la personnalité morale des sociétés que comme une simple forme de langage n'ayant rien de commun avec la personnalité physique.» Les personnes morales, a écrit tout récemment un autre auteur⁽³⁰⁾, n'ont guère de commun que le nom avec les personnes physiques. L'expression de personne morale est une expression commode, mais dangereuse aussi, parce qu'elle fait image, que nous employons pour marquer un ensemble de phénomènes concomitants à l'existence de toute société: il faut qu'une société puisse ester en justice, sans que tous les associés soient mis individuellement en cause, il faut qu'une société puisse être assignée ailleurs qu'au domicile de l'un quelconque des associés, il faut que le patrimoine social soit distinct de celui des associés; il faut surtout que le but et l'intérêt propres de la société soient nettement marqués, but et intérêts qui ne se confondent pas avec les intérêts et les desseins personnels des associés. L'expression de personne morale indique tout cela; elle n'indique pas l'existence effective d'un être nouveau.»

La personnalité ainsi définie, ramenée dans ses véritables limites, n'a absolument rien de commun avec une personne physique; elle n'a donc pas ni ne peut avoir de nationalité et avec M. NIBOYET⁽³¹⁾, nous dirons que le mot de nationalité employé à l'égard d'une société est une expression inexacte et « qu'elle

(30) H. R. note sous Montpellier, 3 mai 1926. Sirey 1926-2-74.

(31) NIBOYET. — Note sous Colmar. Sirey 1927-2-33.

Cf. PÉPY, op. cit., p. 97.

MICHEL. — Le contrôle des sociétés économiques, p. 196.

Pour M. PILLET la nationalité des sociétés ressemble beaucoup plus à un domicile qu'à une nationalité véritable (PILLET. Traité pratique de droit international privé, 1924, t. II, n° 733).

doit signifier que la société est nécessairement régie sur le terrain du droit privé (constitution, fonctionnement, effets, dissolution) par les règles du droit des sociétés en vigueur dans le pays où elle a son siège social. Ce n'est pas une nationalité, pas plus qu'on ne saurait parler de la nationalité d'une créance sous prétexte qu'elle obéit à la loi d'un certain pays, ou de la nationalité d'une succession, parce qu'elle est dévolue d'après la loi du pays de la situation ou de telle autre loi. »

Examinant dans son récent article sur la nationalité des sociétés ⁽³²⁾ les arguments des auteurs qui nient cette nationalité, M. MAZEAUD écrit que leur raisonnement, s'il était exact, conduirait à ne voir qu'une fiction dans la personnalité physique elle-même. D'après M. MAZEAUD, il faudrait en effet distinguer la personnalité physique de l'être physique auquel elle s'applique; M. MAZEAUD dédouble en quelque sorte la personne physique et il fait remarquer qu'il a existé des hommes sans personnalité, les esclaves d'autrefois, et jusqu'à la loi du 31 mai 1854, les condamnés frappés de mort civile. Ce n'est donc qu'en vertu d'une même construction juridique que les êtres humains tout comme les êtres collectifs sont dotés d'une personnalité. Ce qui est fiction chez les uns doit être fiction chez les autres; si la personnalité des sociétés est une fiction, celle des individus est également une fiction, car la personnalité est la même, qu'elle soit appliquée aux êtres physiques ou aux collectivités. L'argumentation de M. MAZEAUD est logique et paraît juste à première vue; mais elle pêche par la

(32) MAZEAUD. — De la nationalité des sociétés. *Clunet* 1928, p. 34.

base: la personnalité des êtres collectifs n'est pas, selon nous, la même que celle des individus. Pour ces derniers — si nous admettons le dédoublement que propose M. MAZEAUD — la personnalité est bien le centre de leurs droits et de leurs obligations, mais il n'en est pas de même pour les collectivités et en particulier pour les sociétés. Nous avons vu ce que sont celles-ci et en quoi consiste leur personnalité: les sociétés ne sont qu'un mode d'activité des particuliers qui trouve sa base dans un contrat; elles ne sont rien de plus et ne doivent pas être assimilées aux personnes physiques. C'est pour l'avoir fait avant 1914 que la jurisprudence s'est trouvée par la suite devant des difficultés insurmontables. La personnalité juridique ou morale n'est qu'une notion créée pour les besoins et la commodité du fonctionnement et de la liquidation des sociétés: conclusion de conventions, représentation en justice, gage offert aux tiers etc... Une des meilleures preuves en est que la personnalité morale survit à la dissolution de la société, mais uniquement pour les besoins de la liquidation⁽³³⁾. La personnalité des sociétés diffère donc essentiellement de celle des individus dont elle est loin d'avoir l'importance, et c'est pour cette raison qu'elle n'est pas susceptible de nationalité, que cette notion lui est inapplicable.

On se rend compte que les partisans de la nationalité des sociétés cherchent les plus décisifs de leurs arguments dans la notion de personnalité et son assimilation à celle des individus. Ils font, peut-on dire, dépendre la nationalité d'une société de l'existence de sa personnalité; mais il est un cercle vicieux auquel

(33) M. CHAUVÉAU, à son cours de droit international privé à la Faculté de droit d'Alger, Mars-Juillet 1928.

ne peut échapper la thèse qu'ils défendent. « La notion de nationalité des sociétés, ainsi déterminée, écrit M. MAZEAUD, p. 44, peut se résumer dans cette formule qui montre son étroite interdépendance avec la notion de personnalité: Toute personne a une nationalité qui est unique et seules les personnes ont une nationalité. Les sociétés qui sont pourvues de la personnalité morale se trouvent donc en même temps dotées d'une nationalité. » M. MAZEAUD ne pourra pas nous contredire lorsque nous affirmerons, partant de sa propre formule, qu'une société qui n'a pas de personnalité ne peut pas avoir de nationalité, et que la question de l'octroi d'une personnalité est préjudicielle à celle de l'octroi d'une nationalité. Et cependant c'est une question classique que de savoir si les sociétés étrangères seront en France dotées de la personnalité morale; et il a été admis après la guerre de 1914 que les sociétés anonymes allemandes n'avaient pas la personnalité juridique, ne pouvant plus se prévaloir d'aucun décret ni d'aucun traité. Qu'est-ce à dire sinon que la nationalité est accordée aux sociétés avant tout octroi de personnalité juridique et indépendamment de celle-ci, ou alors, ce qui est infiniment plus probable, que cette soi-disant nationalité des sociétés, n'est pas une véritable nationalité, mais quelque chose d'une autre essence, qui se pare abusivement d'un costume qui n'est pas le sien » (34).

Cette prétendue nationalité des sociétés n'est que la qualification de la loi qui a présidé à leur constitution, qui règle leur fonctionnement et leur liquidation. Quand on parle ainsi d'une société française,

(34) M. CHAUVÉAU, à son cours de droit international privé à la Faculté de droit d'Alger, Mars-juillet 1928.

on veut dire qu'elle est constituée d'après la loi française et qu'elle fonctionne conformément à cette loi (35). Les questions relatives à la constitution et au fonctionnement de la société ne se posant pas pour l'individu, on peut encore se demander pour quelle raison valable on a cherché, en une matière où la société et l'individu sont si dissemblables l'un de l'autre, la solution dans la notion de nationalité, notion applicable seulement à l'individu.

*
**

Nous avons admis jusqu'ici, avec les adversaires de notre thèse, que la nationalité était une notion de droit privé et c'est sur ce terrain que nous avons combattu leurs arguments. Mais nous estimons avec de nombreux auteurs que la nationalité est une notion politique, une notion de droit public. La nationalité, dit M. PILLAUT (36), est le lien de dépendance politique qui unit un individu à un Etat déterminé, c'est-à-dire à une société politique permanente exerçant sa souveraineté sur un territoire déterminé. MM. PILLET et NIBOYET (37) s'expriment ainsi : On ne saurait mieux dire de la nationalité que l'Etat se crée avec

(35) Cf. MICHEL. — Le contrôle des sociétés économiques, p. 176 : La nationalité d'une société est et n'est que matière de droit privé ; mais elle ne constitue pas à vrai dire une véritable nationalité, mais seulement une sorte d'option pour la législation de tel ou tel pays.

(36) PILLAUT. — Le caractère politique de la notion de nationalité. *Revue de Droit intern. privé*, 1916-14.

(37) PILLET et NIBOYET. — Manuel de Droit international privé, 1924, n° 12.

Cf. LAÏNÉ. — *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1892, p. 229. — Voir aussi *Revue de Droit intern. privé*, 1921, pp. 86-92.

BARRAULT. — Dans quelle mesure la nationalité est-elle une matière de droit public ? — *Rev. de Droit intern. privé*, 1921-147.

elle, puisque sans nationaux, celui-ci n'existerait pas. L'Etat détermine ses nationaux par rapport à ceux des pays étrangers. D'où cette définition: La nationalité est le lien politique entre l'Etat et l'individu. N'est-ce pas le droit public qui dans chaque Etat, détermine les rapports de l'Etat et de l'individu? Que peut-on imaginer, dit M. DE LAPRADELLE (38), de plus essentiellement droit public que ce qui touche à l'organisation de l'Etat? Or c'est avec la nationalité, que ce soit la nationalité d'origine ou la naturalisation, que se crée non seulement la forme, mais l'être, la substance même de l'Etat. Pour M. PÉPY également la nationalité est une notion politique. « La nationalité, écrit-il (39), consiste à dépendre d'une communauté politique, à voir son activité contrôlée, et dans certains cas dirigée, absorbée même par les forces propres de cette communauté; c'est cette emprise d'un organisme politique sur une personnalité humaine qui forme le fond, la substance de l'idée de nationalité. Que l'on prête examen aux lois sur l'acquisition et la perte de la nationalité et l'on se convaincra de la justesse de ces vues. Les lois sur la nationalité sont destinées à fournir à l'Etat, à la Communauté politique des ressortissants, c'est-à-dire les êtres humains sans lesquels

(38) DE LAPRADELLE. — Communication à la Société de législation comparée. Bulletin de 1918, p. 341.

Cf. Camille JORDAN. — Même bulletin, 1919, p. 355.

(39) PÉPY. — De la nationalité des sociétés, pp. 103-105.

Cp. la définition suivante: Unger (*System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, p. 292): Est citoyen autrichien (*österreichischer Staatsbürger*), celui qui appartient avec sa personnalité politique à l'Etat autrichien et qui, comme tel, est soumis à l'autorité politique de ce pays.

En Suisse le principe que la nationalité est une notion de droit public est expressément consacré par un texte législatif. L'article 22 § 2 du Code civil suisse dispose en effet: le droit de cité est réglé par le droit public.

l'Etat ne pourrait exister... Ce que veut l'Etat par les lois sur la nationalité, c'est s'attacher les individus qui par le fait de leur naissance ou par une manifestation de volonté expresse ou présumée lui paraissent propres à suivre ses décisions, à recevoir son action, à devenir des agents de sa puissance, et des éléments de sa vitalité. »

Une loi sur la nationalité est donc avant tout une loi de recrutement de ressortissants et ceci est particulièrement vrai pour la France où il paraît difficile de contester que lorsque le législateur fait une loi sur la nationalité, il a en vue principalement les charges militaires. Toute la loi du 28 juin 1889 qui a refondu les dispositions du Code Civil, découle de l'intention bien arrêtée, dans un but de défense nationale, de faire entrer le plus possible d'étrangers dans la communauté française (40). Cette tendance de la loi de 1889 s'est encore successivement accentuée dans la loi du 1^{er} avril 1923 sur le recrutement et la loi toute récente du 10 août 1927 sur la nationalité.

La question de la nature de la nationalité s'est posée au lendemain de la guerre devant la Cour de Cassation. Par deux arrêts du 21 juin 1919, la Chambre civile de la Cour suprême a décidé que la nationalité relève surtout du droit public. Sur nouveau pourvoi il est intervenu un arrêt des Chambres réunies, à la date du 2 février 1921 qui emploie une formule encore plus tranchante et déclare *que la nationalité, bien qu'elle soit inscrite au Code Civil, relève du droit public* (41). Plus récemment encore, dans un arrêt

(40) PILLET et NIBOYET. — Manuel de Droit international privé, 1924, pp. 22 et 61.

(41) *Revue de Droit intern. privé* 1924, pp. 277 et 295. Cf. le rapport de M. AMBROISE COLIN. Ibid. 1919, p. 265. — Sirey 1921-1-113.

du 17 mars 1926, la Cour de Cassation a confirmé en termes énergiques sa manière de voir en la matière; elle affirme que *la nationalité relève du droit public et obéit par suite à des règles distinctes de celles qui concernent les droits civils proprement dits*. (42).

Ces différentes décisions mettent donc un terme à la controverse sur la nature de la nationalité; celle-ci est une notion politique.

C'est l'Etat qui détermine librement les conditions d'attribution de sa nationalité (*jus sanguinis* et quelquefois *jus soli*). Celle-ci, une fois définie, entraîne des conséquences importantes en droit public: relations de l'Etat et des particuliers, droits et devoirs réciproques; pour les individus, devoir de loyalisme, dont le service militaire est le principal, droits publics (électorat, éligibilité, accession possible aux fonctions publiques), droit d'exiger la protection spéciale de l'Etat auquel ils appartiennent; pour l'Etat, droit d'exiger des individus l'observation de leurs devoirs de loyalisme et en même temps devoir de protéger ses nationaux à l'étranger, etc...

Mais la nationalité exerce aussi une influence sur le domaine du droit privé; nous concédons à M. MAZEAUD que la nationalité d'un individu révèle la loi civile qui lui est applicable (43), mais nous ne pouvons le suivre quand il soutient que c'est là une question aussi importante que celle de la loi militaire à laquelle l'individu est soumis. Aujourd'hui, qu'on le veuille ou non, ce sont surtout des considérations politiques qui jouent dans la distinction des nationaux et des étrangers. Nous l'avons vu, la nationalité est avant

(42) Cassation civ., 17 mars 1926. Sirey 1926-1-201.

(43) MAZEAUD, p. 37.

tout une question de loyalisme qui trouve sa forme extrême dans le service militaire; c'est là son principal aspect, celui qu'aperçoit surtout le public, celui que lui ont conféré nos lois sur la nationalité et le recrutement, celui que lui a reconnu la jurisprudence de la Cour suprême.

Autrefois, écrivent avec raison MM. DESPAGNET et DE BOEK, quand nombre de droits privés étaient refusés aux étrangers, la nationalité pouvait être dans une certaine mesure rattachée au droit civil; mais aujourd'hui que les étrangers ont à peu près partout la plupart des droits privés, la nationalité se réfère essentiellement à l'attribution des droits politiques et de certains droits essentiels. C'est donc bien au droit public de chaque Etat qu'il faut la rattacher⁽⁴⁴⁾. On nous objectera⁽⁴⁵⁾ que la nationalité peut exister dépourvue de ces attributs essentiels que sont le droit de vote et l'obligation du service militaire. Sans exercer l'un, sans être soumises à l'autre, dans les sociétés modernes, des catégories considérables de personnes, les femmes, les enfants, ont cependant une nationalité. Il est facile de répondre à une telle objection. Si les femmes, les enfants et même les hommes adultes reconnus inaptes ne sont pas soumis au service militaire, cette exemption n'existe qu'en raison de leur faiblesse physique, pour des raisons accidentelles ou momentanées; en tous cas, les femmes sont capables de loyalisme et même pour elles le service militaire n'est pas une impossibilité absolue; notre dernière et toute récente loi militaire, qui fut rapportée par M. Paul BONCOUR, ne prévoyait-elle pas, telle qu'elle

(44) DESPAGNET et DE BOEK. — Précis de droit intern. privé 5^e édition, 1910, n° 103, p. 367.

(45) LEVEN, p. 40; MAZEAUD, p. 37.

avait été votée par la Chambre des députés, la mobilisation des femmes pour le temps de guerre? La question du droit de vote ne se présente pas autrement: les enfants n'exercent pas le droit de vote en raison de leur jeune âge, donc pour un motif tout momentané. Les femmes pourraient également exercer le droit de vote; ne l'ont-elles pas dans de nombreux pays? En France — et c'est ce qui nous importe — l'obligation du service militaire de même que le droit de vote, sont des corollaires très importants, pour ne pas dire essentiels, de la nationalité. Si le service militaire n'est en fait pas plus général que ne l'est l'électorat, c'est pour des raisons qui ne sont pas inhérentes à la personnalité de l'individu; elles peuvent disparaître, pour les femmes par une loi; pour les enfants, elles disparaîtront avec l'âge. Mais une société, quoi qu'il arrive et quelles que soient les lois que l'on puisse imaginer, ne pourra jamais être soumise au service militaire ni exercer le droit de vote ou être éligible: cette impossibilité tient à l'essence même de la société, au caractère ou à la nature de sa personnalité.

On oppose aussi, tel M. MAZEAUD p. 37, que le loyalisme, s'il est pour les personnes physiques une obligation qui découle de la nationalité, n'est pas une condition d'existence de cette nationalité. Le Français, dit-on, condamné pour crime d'intelligence avec l'ennemi, n'en reste pas moins Français. — Nous n'avons jamais voulu dire que le loyalisme, pas plus d'ailleurs que le service militaire, n'est une condition d'existence de la nationalité. Défendre une telle théorie serait intervertir les données du problème.

Nous soutenons que la nationalité est une notion de droit public, parce que les règles qui la déterminent ont trait à l'assiette et à la constitution de la

souveraineté (46), parce que leur but est de procurer à l'Etat des nationaux qui en constituent la substance. Cette nationalité, une fois définie, entraîne pour les personnes, auxquelles elle est conférée, des conséquences nombreuses et importantes; elle leur impose des obligations et leur confère des droits qui sont surtout d'ordre politique. Ces conséquences politiques, qui pour l'individu découlent de la nationalité, ne se retrouvent pas, quand il s'agit d'une société. Pour celle-ci, pas d'obligations telles que le service militaire, pas de droit de vote, pas d'éligibilité, ni de droit d'être nommé à des fonctions publiques. Peut-on enfin parler sérieusement de patriotisme ou du loyalisme d'une société? La question ne se pose même pas, si l'on considère la société comme un être abstrait, une fiction. Il n'est pas possible de parler du loyalisme d'une abstraction; où se trouve, demande M. NIBOYET, le rapport politique nécessaire à ce concept. L'idée d'un pareil rapport entre une construction juridique comme celle de la personnalité morale et un Etat conduit, dit-il, avec la théorie de la fiction, à des résultats difficilement admissibles et plus métaphysiques que juridiques (47). La nationalité qui suppose des liens d'affection envers une patrie, ne peut appartenir qu'à des êtres de chair et de sang (48); une société ne peut être ni loyale ni déloyale (49).

Si les sociétés ne nous fournissent aucun exemple de ces droits et de ces devoirs politiques qui sont,

(46) Cf. note de M. Ambroise COLIN sur l'arrêt des Chambres réunies de la Cour de Cassation du 21 février 1921. *Dalloz* pér. 1921-1-1.

(47) NIBOYET. — Note sous Colmar. *Sirey* 1927-2-33.

(48) H. R. — Note sous Montpellier. *Sirey* 1926-2-75.

(49) Chambre des Lords, 30 juin 1916. *Rev. de Droit intern. privé*, 1915-16. 260.

pour les individus, les corollaires de la nationalité, n'est-ce pas parce que cette notion doit être réservée aux véritables personnes, aux seules personnes physiques et parce qu'elle est inapplicable aux personnes morales, aux sociétés? Il n'est pas possible en effet de concevoir un rapport politique tel que la nationalité, entre une personne morale et un Etat; il y a là non seulement quelque chose qui choque, mais quelque chose de tout à fait inadmissible. « Un Etat, écrit M. NIBOYET ⁽⁵⁰⁾ est fait de ses nationaux qui en constituent la substance. Les formes sous lesquelles ceux-ci manifestent leur activité n'augmentent pas leur nombre. On ne peut pourtant pas admettre que la France se compose, tout d'abord, des Français (personnes physiques), puis en second lieu et en outre, des sociétés françaises dans lesquelles figureront en fait à nouveau les mêmes nationaux. S'il en était autrement un pays pourrait accroître fictivement le nombre de ses nationaux. Au demeurant qu'est-ce que la société, sinon l'effet d'un contrat plus ou moins réglementé, mais enfin d'un pur contrat de droit privé tout de même. Or comment un simple contrat de droit privé pourrait-il engendrer un être doué de nationalité, c'est-à-dire d'attributs politiques. » M. NIBOYET ramène avec raison le problème sur son véritable terrain: la société n'est pas une personne comme les personnes physiques; ce n'est qu'un mode d'activité des individus avec à la base un contrat de droit privé. La personnalité juridique, nous l'avons vu, est une notion créée pour les besoins et la commodité du fonctionnement et de la liquidation des sociétés: conclusion de conventions, représentation en justice, gage offert

(50) NIBOYET. — Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés? *Revue de Droit intern. privé*, 1927. Extrait p. 4.

aux tiers, etc... Une des meilleures preuves en est que la personnalité survit à la dissolution de la société, mais uniquement pour les besoins de la liquidation. Utilisée à une autre fin, la notion de personnalité est détournée de son but; nous nous trouvons donc dans ce cas devant un abus de la personnalité morale. Une telle utilisation devient particulièrement abusive lorsqu'elle permet une fraude à la loi. Cette fraude existe toutes les fois, où sous le couvert de la personnalité juridique de la société, un ou plusieurs individus vont jouir de droits et avantages qui leur seraient refusés individuellement. Et ce résultat est lui-même atteint dès que la société aboutit au dédoublement de la personnalité des associés, ceux-ci pouvant faire en tant que personne morale ce qui leur est interdit en tant que personne physique⁽⁵¹⁾. Le même résultat est atteint si l'on veut conférer une nationalité à la société: on aboutit également à un dédoublement de la nationalité des associés et des étrangers jouiront, en tant que personne morale, de droits qui leur sont refusés en tant que personnes physiques. C'est là le

(51) Dans deux arrêts du 5 mai 1926 et du 2 février 1927 (Affaire Eschenauer), la Cour d'appel d'Alger a condamné une telle utilisation de la personnalité morale. — Recueil mensuel Dalloz, 10^e cahier, 1927, 2^e partie, p. 143, avec une note de M. CHAUVEAU qui écrit à ce sujet: « Dès qu'il s'agit d'apprécier l'activité d'une société, il ne paraît pas possible de la dissocier des membres qui la composent et qui la dirigent; ce sont ces derniers qui en réalité agissent sous le masque de la société... »

Les décisions rapportées sont intéressantes en ce qu'elles adoptent cette manière de voir, d'une façon implicite sans doute, mais non moins certaine pour cela. Il suffit de les relire pour se rendre compte qu'à aucun moment, dans l'appréciation de l'activité des parties, elles n'ont dissocié la société anonyme dans la personne de ses créateurs et directeurs; elles n'ont pas admis les vendeurs à ce servir de la personnalité morale de la société comme bouclier contre l'action en garantie. »

résultat inadmissible auquel conduit l'ancienne théorie de la nationalité des sociétés, déterminée par le siège social. Il est donc impossible en ces matières de ne pas faire abstraction de la société et de ne pas tenir compte de la personnalité des individus, des associés ou du moins de ceux qui contrôlent la société, et pour qui celle-ci n'est qu'un instrument de travail, une chose incapable de nationalité (52).

Doter la société d'une nationalité c'est donc faire un abus inadmissible de la notion de personnalité morale, c'est aussi élever cette société au rang de national d'un pays; c'est assimiler une chose à une véritable personne (53).

La notion de nationalité est inapplicable aux sociétés; elle doit être réservée aux seules personnes vivantes, aux personnes physiques. Si l'on tient absolument à parler de nationalité en matière de sociétés, ce ne peut être qu'à l'égard des associés, des individus qui la composent ou qui commandent son activité, qui impriment à celle-ci un caractère, ami ou ennemi, favorable ou non à l'intérêt français.

A quelque point de vue que l'on se place, que l'on considère la nationalité comme une notion de droit privé ou comme un rapport politique, il n'est plus possible de soutenir l'idée d'une nationalité appliquée aux sociétés. Si pour des raisons de commodité, pour désigner brièvement quelque chose de complexe, ayant avec la loi française un certain rapport, on veut

(52) M. CHAUVÉAU, à son cours de droit international privé à la Faculté de droit d'Alger, Mars-juillet 1928.

(53) Pour M. NIBOYET (Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés?) un navire non plus n'a pas de nationalité, parce qu'il n'existe pas de rapport politique entre le navire, simple *res* et l'Etat; le pavillon que porte le navire signifie simplement que celui-ci est enregistré dans un certain pays.

encore parler de sociétés françaises, cela ne doit plus signifier que ce sont des sociétés de nationalité française, par plus qu'on ne peut parler d'une nationalité dans le cas de la banque internationale prévue pour l'application du plan OWEN YOUNG sur les réparations. On emploiera à l'égard d'une société la qualification de française, comme on le fait déjà dans bien d'autres cas, desquels l'idée de nationalité est complètement absente, quand on parle par exemple d'un brevet français, d'un bien français, d'une œuvre française, d'une école française.

Mais nous ne pouvons détruire sans reconstruire ; notre travail ne peut rester purement négatif. La notion de nationalité, telle qu'elle était anciennement comprise, réglait tant bien que mal les problèmes que soulevait l'activité des sociétés en droit international. Ces problèmes subsistent plus complexes que jamais ; il nous faut donc songer à leur trouver de nouvelles solutions susceptibles de recevoir la consécration du législateur. Ce sera l'objet de notre seconde partie.

DEUXIÈME PARTIE

NOUVELLES SOLUTIONS PROPOSÉES

CHAPITRE PREMIER

État actuel de la question.

Les autres pays qui, pendant la guerre, se sont trouvés devant les mêmes problèmes que la France, les ont résolus dans le même sens que notre pays; depuis lors certains d'entre eux ont légiféré et trouvé des solutions définitives. Quant à la France, elle en est toujours à attendre le statut dont elle a besoin plus que n'importe quel autre pays.

Avant d'examiner où nous en sommes actuellement en France, il nous semble utile de faire à cet endroit une étude de droit comparé; les solutions trouvées à l'étranger apporteront peut être quelque lumière dans le problème qui nous occupe en France.

SECTION I

Droit comparé.

Avant la guerre les pays étrangers adoptaient en général les mêmes solutions que nous et cela pour des raisons identiques à celles qui guidèrent notre jurisprudence. Chez eux comme chez nous, le problème était envisagé sous un angle très étroit; on ne soupçonnait pas toute l'ampleur du problème. Les pays étrangers reconnaissaient à peu près tous une nationalité aux sociétés; l'Argentine seule faisait exception. Comme la France, la plupart de ces pays déterminaient la nationalité d'après le lieu du siège social; cependant la loi italienne exigeait, pour qu'une société fût italienne, la réunion, sur le territoire italien, de deux éléments: le siège social et l'objet principal de l'entreprise. Certains pays comme la Grande-Bretagne et l'Allemagne, subordonnaient l'octroi de leur nationalité à la formalité de l'enregistrement (1). Il semble nécessaire de faire, dans cette étude, une place spéciale à l'Allemagne, parce que c'est la politique pratiquée avant la guerre, par ce pays en matière de sociétés qui a donné dans une large mesure naissance aux problèmes de la guerre, et qu'elle a ainsi provoqué en France l'évolution que nous avons

(1) Pour plus de détails, voir PÉRY nos 17 à 26 et CUG, pp. 81-94.

pu constater. Les sociétés, et parmi celles-ci les sociétés par actions ont été pour l'Allemagne un formidable moyen d'expansion économique et politique à l'étranger. Nulle part autant qu'en Allemagne, la forme anonyme des sociétés n'a été utilisée pour servir les intérêts de la communauté nationale (2). Depuis 1850 et surtout depuis 1870, l'industrie allemande, grâce à ses riches gisements houillers et métallifères, à sa technique supérieure, ainsi qu'à une main-d'œuvre de plus en plus nombreuse, avait pris un essor sans précédent. L'Allemagne était devenue le pays de la concentration industrielle par excellence ; le développement industriel était devenu tel que les ressources du pays furent bientôt insuffisantes. Pour alimenter son industrie, l'Allemagne dut chercher à la fois à importer des matières premières nouvelles, à conquérir les marchés étrangers pour y écouler ses produits manufacturés et à supplanter l'industrie étrangère. Dans ce but les Allemands ont utilisé les sociétés anonymes et parmi celles-ci les banques ainsi que les sociétés minières et métallurgiques. La plupart du temps la pénétration s'est faite sous des étiquettes trompeuses (3). A la faveur de la théorie du siège social attributif de la nationalité française, les Allemands avaient mis la main sur de nombreuses et importantes entreprises françaises, en particulier sur certaines mines de fer de Lorraine et de Nor-

(2) Nous devons nous contenter de donner ici un exposé très sommaire de la question ; nous renvoyons pour plus de détails à l'ouvrage fortement documenté de M. HAUSER : *Les méthodes allemandes d'expansion économique*. Paris 1916. — Voir également PÉRY, op. cit., n^{os} 113 à 136. — MICHEL, *Le contrôle économique des sociétés*. — BRUNEAU, *L'Allemagne en France*. — DAUDET, *L'Avant-guerre*. — TROIMAU, *Séquestres et séquestrés*. — CUQ, pp.97-102.

(3) BRUNEAU, — *L'Allemagne en France*.

mandie; non seulement ils s'étaient ainsi emparés d'une certaine partie des richesses de notre sous-sol, mais ils avaient introduit dans notre économie nationale un personnel technique étranger, créant de cette façon une situation de nature à compromettre gravement notre sécurité et notre indépendance.

La pénétration allemande s'était également exercée en Belgique où les grandes banques⁽⁴⁾ et la fabrique d'armes d'Herstal étaient passées sous le contrôle allemand. — L'Italie non plus n'avait pas été épargnée; le cas le plus typique et le plus connu, en ce qui concerne ce pays, est celui de la « Banca Commerciale Italiana » qui était un organisme allemand au cœur de l'Italie⁽⁵⁾. Nous pourrions citer d'autres exemples de la pénétration allemande, car tous les pays du monde ont été plus ou moins touchés par celle-ci.

La guerre mit en pleine lumière les dangers d'une pareille pénétration, en faisant apparaître trop souvent l'opposition existant entre la nationalité de façade d'une société et le but économique et politique qu'elle poursuivait. Les différents pays alliés durent prendre des mesures extraordinaires contre cet envahissement allemand.

Nous avons vu ce que la France avait fait dans cet ordre d'idées; nos alliés prirent des mesures analogues: les mêmes nécessités donnèrent lieu aux mêmes décisions.

(4) Le Crédit Anversois, comptait trois administrateurs allemands, dont l'un était en même temps administrateur de la Darmstädter Bank. La Banque internationale de Bruxelles avait un capital souscrit pour les 2/3 par des banques allemandes. La Compagnie Commerciale belge était commanditée par la Diskontogesellschaft.

(5) PREZIOSI. — L'Allemagne à la conquête de l'Italie. Traduit par LEMONON, Paris 1916.

En Grande-Bretagne, les proclamations royales du 5 août et du 9 septembre 1914 interdirent toutes les relations commerciales avec les ressortissants des puissances ennemies (6). Comme en France, la jurisprudence anglaise hésita tout d'abord à retirer à certaines sociétés ennemies la nationalité anglaise que leur avait conférée la loi avant 1914, puis un arrêt rendu par la Chambre des Lords le 30 juin 1916, orienta la jurisprudence dans une autre voie (7); pour déterminer le caractère ennemi d'une société, elle chercha désormais sous quel contrôle se trouvait la société, quelles étaient sa direction et ses tendances.

En Italie, ce fut le décret du 24 juin 1915 qui interdit à tout sujet ou société de l'empire austro-hongrois de faire en Italie des actes de commerce ou de procédure; en même temps tous les biens des sujets ennemis furent placés sous séquestre. Pour l'application de ces mesures, les tribunaux italiens ne s'en tinrent pas au critérium du temps de paix, mais cherchèrent d'où venait la direction de l'entreprise (8).

En Belgique, la question ne s'est pas posée, le pays ayant été dans sa presque totalité occupé par les Allemands pendant toute la durée de la guerre.

Pour être complet, nous devons signaler que l'Allemagne et même l'Autriche ont édicté à l'égard des rares sociétés étrangères fonctionnant sur leur territoire des mesures analogues à celles qui furent pri-

(6) *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1914-15, pp. 107 et 113.

(7) *Revue de Droit intern. privé*, 1916-260.

Voir également: DE VISSCHER. La nationalité et le caractère ennemi des sociétés commerciales d'après la jurisprudence des Cours anglaises. *Rev. de Droit intern. privé*, 1917-503.

(8) *Revue de Droit intern. privé*, 1916-567.

ses en France et dans les pays alliés (9). L'Allemagne et son alliée tinrent compte également de la nationalité des personnes qui détenaient le capital et du pays d'où venaient la direction et le contrôle.

*
**

Instruits par les expériences et les leçons de la guerre, de nombreux pays européens sont en train de préparer un nouveau régime à l'activité des sociétés fonctionnant sur leur territoire; ce mouvement a une allure protectionniste marquée (10). Il a d'ailleurs plutôt en vue de régler sur d'autres bases l'activité et la condition des sociétés que de déterminer leur nationalité. A l'étranger aussi on se rend compte qu'à l'égard des sociétés, la nationalité est un mot vide de sens, tout au juste de nature à induire en erreur et à jeter la confusion dans les esprits. Le mouvement réformiste limite l'accès des étrangers à certaines catégories d'entreprises commerciales et industrielles. Les Pays Scandinaves, Norvège et Suède, étaient déjà entrés dans cette voie pour la protection de leurs ressources naturelles: chutes d'eau, concessions minières, fonds de terre (11). Le Mexique a de son côté

(9) Cuq, op. cit., pp. 127 et suiv.

(10) Cuq, pp. 143-149.

(11) En Norvège, la concession des chutes d'eau est subordonnée à une autorisation de l'Etat; et cette autorisation n'est accordée qu'à des sociétés ayant leur siège social en Norvège, un capital exclusivement norvégien et un conseil d'administration composé de Norvégiens.

En Suède des concessions de mines ne sont accordées à des étrangers qu'avec une autorisation spéciale du roi; il en est de même pour les sociétés dont certains éléments sont étrangers. Et pour éviter toute intrusion secrète d'étrangers dans les sociétés anonymes de Suède, la loi soumet également celles-ci au régime de l'autorisation, si ses titres sont au porteur. Seules les sociétés anonymes dont les actions sont nominatives et pour les 4/5 entre les mains de Suédois, sont dispensées de l'autorisation. — Cuq, p. 144.

décreté la nationalisation du pétrole par une loi du 14 mai 1917⁽¹²⁾. L'Espagne a cherché par une loi du 2 mars 1917 à favoriser l'essor de son industrie nationale en réservant à ses nationaux certaines faveurs telles que prêts, garanties d'intérêts, exemptions d'impôts. Ne peuvent prétendre à ces faveurs que les sociétés dont la majorité des associés et du personnel de direction sont Espagnols⁽¹³⁾.

La Suisse a pris également une série de mesures pour se défendre contre l'envahissement étranger. Avant la guerre, ce pays était devenu l'asile d'un grand nombre de sociétés qui n'y avaient que leur siège, mais demeuraient étrangères au point de vue économique: leur but était, en transportant en Suisse leur siège social, de se soustraire à la législation de certains pays où elles voulaient fonctionner. Différentes lois et ordonnances (1916, 1918, 1919), édictent de nombreuses mesures de publicité pour renseigner le public sur la nature véritable des sociétés avec lesquelles il a affaire; en outre les qualifications nationales ou locales sont rigoureusement bannies de la raison sociale de la société, quand elles ne sont pas conformes à la réalité⁽¹⁴⁾.

(12) *Revue de Droit intern. privé*, 1923-34.

(13) *Cuq*, op. cit., p. 145.

(14) La publicité prend en Suisse des formes assez diverses: inscription au registre du commerce du nom et de la nationalité des membres de l'administration et des représentants de la société; forme nominative des titres, obligatoire pour les sociétés dont le capital est inférieur à 500.000 francs; obligation pour les fondateurs de se faire connaître...

Comme sanction de ces différentes prescriptions, le droit est reconnu à tout créancier, actionnaire ou sociétaire d'exiger leur observation dans un délai fixé par la justice, et en cas de refus, de demander à la justice la dissolution de la société.

Par ailleurs une loi du 22 décembre 1916 impose aux sociétés concessionnaires de forces hydrauliques d'avoir leur siège en Suisse. Deux tiers au moins des administrateurs doivent être citoyens suisses et domiciliés dans le pays. — *Cuq* pp. 145-146.

Comme la Suisse, l'Angleterre s'est efforcée de mettre un frein à l'emploi abusif des dénominations nationales. La loi du 29 décembre 1916 sur l'enregistrement des sociétés permet au *Registrar* de refuser l'enregistrement de la dénomination de britannique ou de toute autre analogue, s'il estime que d'après la nationalité des associés ou le contrôle de la société, cette dénomination est contraire au caractère véritable de la société, et est ainsi de nature à induire le public en erreur. Mais l'Angleterre a fait mieux encore : elle impose la forme nominative des titres à de nombreuses industries. Le *Non ferrous metal Industry Act* du 6 février 1918, prévoit que le *Board of Trade* pourra refuser toute licence de se livrer aux industries concernant l'extraction, la fonte, l'affinage ou le commerce en gros de certains métaux et matières métallurgiques autres que le fer, aux sociétés qui n'auraient pas procédé à la transformation de leurs titres au porteur en titres nominatifs⁽¹⁵⁾. Par son article 4 la loi anglaise reconnaît en outre aux sociétés exerçant ces industries le droit de sommer les détenteurs d'actions au porteur de remettre leurs titres à la société pour les voir annulés et remplacés par des titres nominatifs. Faute par ceux-ci de le faire, ils seront privés de tout droit de prendre part aux assemblées générales et de prétendre à toute distribution de dividendes.

L'Italie a édicté de larges mesures de publicité concernant la nationalité des associés dans les sociétés de personnes et des administrateurs dans les sociétés anonymes (décret du 21 juin 1917). Elle a en outre décidé (loi du 24 novembre 1920), la suppression com-

(15) *Bulletin soc lég. comparée*, 1918, p. 235.

PÉPY, op. cit., p. 284.

plète des titres au porteur, prenant ainsi l'initiative d'une mesure qui a ses partisans chez nous (16).

La Roumanie a soumis à une refonte complète le statut des sociétés; elle distingue d'ailleurs entre les sociétés des pays annexés et celles du territoire anciennement roumain. Pour être appelées « nationalisées », les premières doivent appartenir pour les deux tiers à des Roumains; doivent en outre être Roumains les trois quarts des membres du conseil d'administration. Et pour avoir la nationalité roumaine — il est fait ici une distinction entre sociétés nationales et sociétés nationalisées — les sociétés doivent en général

- 1) avoir été constituées en Roumanie
- 2) y avoir leur siège social
- 3) l'objet principal de leur entreprise.

Donc le siège social ne détermine pas seul la nationalité des sociétés en Roumanie; il n'est qu'un des éléments de cette détermination (17). A une nationalité ainsi fixée ne s'attachent pas les inconvénients de notre ancienne théorie du siège social.

L'Egypte a pris également des mesures restrictives et protectionnistes en matière de sociétés. Dans ce pays les sociétés anonymes sont régies par des dispositions à la fois législatives et réglementaires. Jusqu'en 1899, le texte unique était le Code de Commerce mixte, reproduction presque textuelle du Code de Commerce français, avec maintien de l'autorisation

(16) THALLER. — Réforme de la législation des étrangers. *Revue polit. et parlem.* 1917.

PILLET. — *Bulletin soc. législ. comparée*, 1917-129.

(17) COHEN, membre de la Commission d'unification législative roumaine. — *Revue de Droit intern. privé*, 1927, pp 351-361 et 504-520. — Cet article de M. COHEN, consacré à la nationalité des sociétés commerciales en Roumanie contient également une étude de droit comparé sur la matière.

préalable du gouvernement. Des décrets successifs (17 avril 1899, 2 juin 1906, 18 juillet 1925 et 31 mai 1927) ont édicté des prescriptions nouvelles pour la constitution des sociétés et en particulier l'obligation pour toute société anonyme fonctionnant en Egypte de fixer son siège social dans ce pays. Le décret du 18 juillet 1925 réserve en outre aux souscripteurs domiciliés en Egypte le quart du capital et les détenteurs de cette portion du capital doivent être pour les quatre cinquièmes, de nationalité égyptienne. Par le décret du 31 mai 1927, le Conseil des Ministres a enfin décidé que le quart du personnel non ouvrier doit être de nationalité égyptienne (18).

SECTION II

La législation française actuelle.

En France de nombreux projets et propositions de loi ont été déposés pendant et depuis la guerre ; le parlement ne semble guère pressé de les examiner et de les voter. Ces projets et propositions ont en vue soit d'écarter l'influence étrangère des sociétés fonctionnant en France, soit de réserver le droit de se qualifier françaises à certaines sociétés présentant un caractère national spécialement accentué, à celles qui

(18) BRAUN. — Les sociétés anonymes en Egypte. *Clunet* 1927-952 et *Journal des Sociétés*, 1928-244

par exemple seraient soumises à une direction française; certains de ces projets prévoient en outre pour toutes les sociétés des mesures de publicité assez étendues.

Le point de départ de cette action législative se trouve dans une proposition de loi présentée dès avant la guerre, le 4 janvier 1913, par M. DENAIS (19). Cette proposition qui fut reprise pendant la guerre (20), mais sur laquelle la Chambre des députés n'a pas statué, tendait à réprimer l'usurpation de la qualité de « Françaises » par des sociétés comptant des administrateurs étrangers ou étant des filiales de sociétés étrangères. Des dispositions analogues se retrouvent dans le projet de loi du 27 janvier 1920, relatif au séjour et à l'établissement des étrangers en France (21), qui dans son article 15 § 2, consacré aux sociétés dispose que « peuvent seules faire usage de la qualification de société française ou de toute autre qualification similaire ou équivalente, les sociétés régies par les lois françaises, ayant leur siège social en France, et dont le président du conseil d'administration, les administrateurs-délégués, les gérants, les directeurs ayant la signature sociale, les commissaires aux comptes et plus de la moitié des associés en nom collectif, des administrateurs, des membres du conseil de direction et du conseil de surveillance sont de nationalité française. »

Dans ses articles 10 et 16, ce projet de loi prévoit en outre des entraves à l'exercice de certaines industries par les sociétés ne réunissant pas les conditions

(19) Proposition DENAIS. Chambre. Doc. parlam. 1913. Annexe n° 2471.

(20) 12 mai 1915. Annexe 748, *J. off.* 1915.

(21) *J. off.* 27 janv. 1920. Chambre. Annexe n° 248.

ci-dessus indiquées. — D'autres propositions de loi, parmi lesquelles celle déposée à la Chambre le 26 août 1915 par M. PRAT (22), et celle présentée au Sénat le 30 janvier 1917 par M. DEBIERRE (23), avaient pour but d'écarter les éléments étrangers des sociétés ayant leur siège social en France ou du moins d'y assurer la prédominance de l'influence française. La proposition PRAT interdisait à toute société exploitant en France ou y ayant son siège, de céder ou de vendre à des étrangers plus du tiers de ses actions; elle déclarait nulles les assemblées générales de ces sociétés si les actions représentées n'étaient pas pour les deux tiers françaises; elle autorisait seuls à faire partie de l'assemblée générale les porteurs d'actions nominatives. La proposition DEBIERRE imposait aux administrateurs des sociétés anonymes, aux gérants des sociétés en commandite ou en nom collectif, l'obligation d'être Français ou sujets d'une nation alliée. En outre un projet déposé en mars 1916, par M. LANDRY, député, donnait au gouvernement le droit d'inviter les sociétés, à toute époque, à faire connaître par qui elles étaient gérées ou administrées, à indiquer la nationalité de leurs actionnaires ou commanditaires, et d'exiger d'elles ensuite qu'elles prennent des mesures propres à assurer la prédominance des intérêts français (24). — Par ailleurs une proposition de loi, émanant de M. BÉNAZET et adoptée par la Chambre des députés (25), dans sa séance du 4 février 1919, organise une publicité conçue de manière à faire con-

(22) Proposition PRAT. — *J. off.* Doc. parlam. Chambre 1915, 935.

(23) Proposition DEBIERRE. — *J. off.* Annexe 25 du 30 janvier 1917. Sénat.

(24) *J. off.* Doc. parlam. Chambre 1916, annexe 1890.

(25) *J. off.*, 5 février 1919, p. 386.

naître la nationalité des actionnaires et surtout des personnalités dirigeantes des sociétés anonymes.

La loi du 4 février 1919 a été complétée très peu de temps après par la loi du 18 mars 1919 (insérée dans le Code de Commerce), portant création d'un registre du commerce dans le ressort de chaque tribunal de commerce ou du tribunal civil qui en tient lieu. Cette loi organise une publicité assez étendue s'appliquant à toutes les sociétés de commerce faisant des opérations en France, que celles-ci y aient ou non leur siège social; seules sont dispensées de ces formalités les sociétés étrangères n'ayant aucun établissement commercial en France. — Enfin une loi, due à l'initiative de M. MILLERAND et votée par la Chambre le 6 novembre 1922 (26), interdit à moins d'autorisation ministérielle l'acquisition en France d'immeubles par les étrangers et par les sociétés étrangères. Cette loi ne semble pas avoir un caractère permanent; elle est une loi de circonstance inspirée par le souci d'empêcher les étrangers d'acheter trop d'immeubles en France, grâce à leur change élevé; elle a d'ailleurs déjà donné lieu à une protestation de la part du gouvernement des Etats-Unis. Des mesures analogues avaient, pour les mêmes raisons, été prises par l'Allemagne, au moment de la dévalorisation de sa monnaie.

Parmi les divers projets et propositions de loi que nous venons d'examiner, bien peu ont donc été votés par le parlement; s'ils constituent un certain progrès sur les errements d'avant-guerre, ils n'envisagent cependant que des détails, ils laissent de côté — et c'est là leur grand défaut — les aspects les plus importants de cette question dite de « la nationalité des

(26) *J. off.*, 7 novembre 1922, p.2947.

sociétés.» Celle-ci devrait être étudiée dans toute son ampleur et sous tous ses aspects; elle devrait faire l'objet d'une législation complète et définitive. Cette nécessité apparaît d'ailleurs au législateur; en effet la Commission de la Chambre des députés a écarté du projet de loi du 27 janvier 1920, l'article 15, relatif à l'usage de la qualification de société française estimant qu'il était préférable de recourir à une loi spéciale sur cette matière (27).

Nous allons donc examiner les divers problèmes que peut soulever l'activité des sociétés en droit international, et rejetant la notion de nationalité en ce qui les concerne, nous proposerons de nouvelles solutions qui pourraient recevoir la consécration législative.

(27) Clunet, 1920, p. 565,

CHAPITRE II

Etude des problèmes soulevés par l'activité des sociétés ; solutions proposées.

Les problèmes que peut soulever l'activité des sociétés en droit international sont nombreux et divers. Dans un tout récent article, M. ARMINJON (1) nous en donne l'énumération; il écrit: « Une société a été constituée dans un pays, ses capitaux ont été souscrits dans un autre pays, ses organes de direction fonctionnent ailleurs et elle agit d'une façon permanente ou accidentelle sur divers territoires; ses associés ou ses administrateurs appartiennent en majorité à telle nationalité; ses opérations, l'objet en vue duquel elle a été fondée intéressent tel Etat. Conformément aux dispositions de quelle loi sera-t-elle valablement constituée, devra-t-elle fonctionner, être dissoute et liquidée; quel tribunal sera compétent pour statuer sur les actions relatives à sa nullité, à sa dissolution, à sa mise en faillite ? A quel trésor public sera-t-elle

(1) ARMINJON. — Les sociétés, les associations et les fondations en droit international privé. *Revue de Droit intern. et de législation comparée*, 1927-360.

redevable de l'impôt ? Dans quelle mesure pourra-t-elle se prévaloir des avantages ou devra-t-elle se soumettre aux charges, établis soit en faveur, soit à l'encontre des nationaux ou des étrangers là où elle fonctionne ? A quelles conditions sera-t-elle admise à exercer son activité dans tel ou tel pays en y organisant des succursales, des filiales, des établissements, en y faisant des opérations isolées ? Quel Etat la protégera, fera valoir ses droits par la voie diplomatique, si les autorités du pays où elle agit lui créent des difficultés ? Quel traitement lui sera réservé en cas de guerre ?» Toutes ces questions ne sont pas d'un seul et même ordre ; la guerre nous l'a fait voir, en même temps qu'elle démontrait que leur solution ne peut être trouvée dans la notion unique de nationalité. Les problèmes qui se sont posés et qui se présentent encore dans la pratique, peuvent tous être résolus sans qu'il soit nécessaire de faire appel au concept de nationalité. Nous allons les examiner successivement et nous commencerons par celui qui se présente tout naturellement le premier à notre attention, celui qui concerne la naissance même, la constitution de la société. C'est — nous l'avons vu — ce problème qui est à la base de l'ancienne notion de nationalité des sociétés.

SECTION I

Loi applicable à la constitution de la société.

Rappelons-nous que nous sommes en présence d'un contrat, d'un acte juridique. Il s'agit de savoir à quelles conditions ce contrat existera régulièrement, à quelle loi il devra être soumis pour sa validité. Voyons quelles sont les règles généralement admises en matière de contrats. Nous laisserons de côté les règles de fond sur la validité des contrats (consentement des parties, capacité des contractants, objet et cause de la société), parce qu'elles obéissent aux conditions essentielles pour la validité de toutes les conventions et qu'au surplus elles n'ont rien à voir avec la question qui nous occupe. En effet projetées sur le plan international, elles appartiennent incontestablement au domaine du conflit des lois (2). Ce que l'on a en vue quand on parle de la loi applicable à la formation d'une société, ce sont les règles particulières auxquelles la société doit se conformer quand elle s'extériorise, quand pour la réalisation de son objet, elle prend la forme qu'on lui connaît communément, quand elle se couvre de ce qu'on est convenu d'appe-

(2) Voir étude de cet aspect de la question dans ARMINJON, article précité, pp. 369 et suiv.

En outre PILLET et NIBOYET. — Manuel de Droit international privé n^{os} 504 et suiv.

ler la personnalité morale; il s'agit de savoir à quelle loi la société devra se conformer pour se constituer et pour ensuite fonctionner.

La société reste ici encore un contrat, les individus n'apparaissant pas; ce qui se présente à nous n'est que la manifestation de la vie juridique du contrat de société, une sorte de prolongement de ce contrat. En effet, « comme tout contrat, écrit M. NIBOYET ⁽³⁾ la société a une vie juridique dans laquelle on puisera tous les éléments nécessaires à son activité. Un contrat synallagmatique a toujours la même nature, qu'il s'agisse d'une société ou bien d'une vente, d'un louage, d'un échange. Or l'idée de nationalité est étrangère à ces derniers contrats. Pourquoi serait-elle nécessaire au contrat de société ? Chacun de ces contrats a un statut, c'est-à-dire une loi le régissant, comme d'ailleurs il doit en être de tout rapport juridique. Son objet n'a pas pour cela une nationalité. Dans une vente, l'objet vendu n'a pas un autre caractère que la société, objet de notre contrat. Or la nationalité refusée au premier doit l'être aussi à la seconde. Le statut d'une société est autre chose que sa nationalité. Un individu peut fort bien être soumis à la loi d'un pays sans en avoir la nationalité; tel est le cas là où le statut personnel est soumis à la loi du domicile. »

Ainsi ce que l'on appelle quelquefois le statut de la société — nous dirons plutôt la condition juridique de la société — est autre chose qu'une nationalité: s'appliquant à un contrat, elle est encore un problème de conflit de lois.

(3) NIBOYET. — Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? Extrait p. 8. — M. NIBOYET donne à cet égard l'exemple de l'Amérique où l'état des personnes obéit à la loi du domicile.

Cette théorie est dès à présent admise par plusieurs auteurs et non des moindres. En même temps que M. NIBOYET, M. ARMINJON s'est fait le champion de cette idée et entre autres arguments qu'il apporte à l'appui de sa thèse que la loi applicable à la constitution d'une société n'est pas une question de nationalité, il nous montre que cette loi n'est pas nécessairement celle d'un système juridique étatique; celui-ci, dit-il, peut être fédéral, provincial ou personnel et il donne les exemples de la Nouvelle-Zélande et particulièrement de l'Alsace-Lorraine (4). En effet les sociétés ayant leur siège social en Alsace et en Lorraine sont soumises à la loi locale qui n'est pas la loi française; ces sociétés ayant leur siège social en France devraient avoir, si l'on s'en tient à l'ancienne théorie de la nationalité un statut conforme à la loi française. — MM. THALLER et PERCEROU ne sont pas éloignés non plus de se rallier à la théorie du conflit de lois. Examinant la doctrine qui dénie toute nationalité aux sociétés ils écrivent: « si par là on veut dire simplement que les effets de la nationalité ne sauraient être identiquement les mêmes que les effets de la nationalité des individus, il est évident que l'on a raison. Mais si par là on prétend que la notion de nationalité, prise en soi et dans tous ses effets, est inapplicable aux sociétés, il nous semble qu'on a tort: car il faut bien qu'une société, sujet de droits, se rattache à un Etat dont elle devra, tant pour se constituer que pour fonctionner, observer la loi. Seulement, prise sous cet aspect, peut-être la question rentre-t-elle plutôt dans la catégorie des questions de conflits de lois que des questions de nationalité proprement dite » (5).

(4) ARMINJON. — Article précité.

(5) THALLER et PERCEROU. — Traité élémentaire de droit international 1925, n° 766, note 2.

Nous allons voir, en entrant dans le détail des diverses questions qui intéressent la naissance et la vie des sociétés que nous sommes bien en présence de problèmes de conflits de lois. Par quelle loi un contrat est-il actuellement régi en vertu des règles internationalement admises en la matière ? Divers systèmes sont possibles : loi du lieu où le contrat se forme, se constitue *lex loci contractus* ; loi de l'exécution du contrat ; loi nationale des parties ; loi de leur domicile. Pour diverses raisons telles que la multiplicité des lois à appliquer quand les parties n'ont ni la même nationalité, ni le même domicile, la difficulté ou même l'impossibilité de déterminer avec exactitude la loi du lieu de l'exécution, la grande majorité de la doctrine et le plus grand nombre des législations se sont ralliées à la loi du lieu de formation. Il en est de même de la jurisprudence française (6). Cette opinion dit M. PILLET, a le triple avantage d'être conforme aux précédents historiques, de faire application d'une loi commune aux parties et de donner la préférence à une législation que les contractants connaissaient bien et que l'on peut, sans objection grave, les réputer avoir adoptée (7). La compétence de la loi d'origine n'est donc plus guère contestée de nos jours ; il est en général admis que la loi qui régit le contrat dans les limites de l'autonomie de la volonté des parties est la loi du lieu où ce contrat a été formé. Si nous nous reportons maintenant au contrat de société, nous savons qu'il est soumis dans le système français suivi par la plupart des autres pays, à la loi du pays du siège

(6) Cassation, Req. 10 juin 1857, Sirey 1859-1-751 ; id. 23 fév. 1864, S. 1864-1-383 ; id. 31 mars 1874, S. 1874-1-585 ; id. 4 juin 1878, S. 1880-1-428. — Douai, 2 mars 1907, Clunet 1908-456.

(7) PILLET. — Traité pratique de Droit international privé, 1924, t. II, n° 171.

social. Cette loi serait-elle différente de celle du lieu de constitution ? Nous ne le pensons pas. Examinons en effet ce qui se passe au moment de la constitution d'une société. On sait que pour être valables les sociétés commerciales et particulièrement les sociétés par actions doivent se conformer à certaines prescriptions plus ou moins sévères, suivant qu'elles sont des sociétés de personnes ou des sociétés de capitaux ; il est en tous cas un minimum de prescriptions communes aux différents types de sociétés commerciales, ce sont celles qui ont trait à la publicité des statuts. Ces formalités de publicité étant nécessaires à la validité d'une société sont des éléments mêmes de sa constitution ; or comme elles doivent être accomplies au lieu du siège social, il est clair que celui-ci doit se trouver dans le pays dont la loi règle la constitution de la société. MM. THALLER et PERCEROU soutiennent que le pays du siège social se confond non seulement avec celui du lieu de constitution, mais même avec celui de la confection des statuts. Ils démontrent que la rédaction des statuts dans le ressort même du territoire où la société prend naissance fait corps avec les formalités auxquelles est subordonnée la constitution de la société (8). — « Loi du lieu de constitu-

(8) THALLER et PERCEROU. — Traité élémentaire de Droit commercial, 1925, n° 764 : « Au surplus le pays du siège social se confondra toujours en fait, dans les compagnies par actions, avec celui de la confection des statuts. On peut même soutenir qu'une société anonyme ou en commandite par actions doit nécessairement établir son acte constitutif dans le ressort de la souveraineté qui lui donne sa nationalité. Pour sa validité cette société doit se fonder d'après les prescriptions de sa loi d'origine, tantôt française, tantôt belge, etc..., laquelle impose des statuts, soit en forme notariée, soit en forme d'actes sous seings privés, mais avec nécessité alors de les déposer en l'étude d'un officier public. Comment cette condition serait-elle remplie auprès d'un fonctionnaire d'Etat différent ? La ma-

tion, loi du lieu de premier établissement, loi du siège social, ces termes sont synonymes », dit encore un autre auteur, M. PÉRY (9). Pour M. PILLET aussi le siège social d'une société doit se trouver nécessairement au lieu où elle a été constituée ; il écrit à ce sujet : « Lorsque les personnes que l'on appelle dans les sociétés de capitaux les fondateurs se décident à former une société nouvelle, ces fondateurs constituent cette société dans un certain pays, sous la protection des lois de ce pays ; cela est d'une nécessité inéluctable. Pour devenir une personne morale, il faut que cette société emprunte la qualité dont elle a besoin à la législation d'un certain pays ; c'est donc à cette législation qu'elle se conformera pour être à même de bénéficier de ses effets » (10). — C'est aussi à cette législation que la société devra conformer ses statuts ; ceux-ci ne seront définitifs qu'à cette condition. On aperçoit donc la relation qui existe et qui doit exister entre la confection des statuts, la constitution de la société et le siège social ; il y aurait un véritable illogisme à séparer ces notions l'une de l'autre. L'opinion

xime *locus regit actum* ne paraît pas applicable. La rédaction des statuts dans le ressort même du territoire fait corps avec les formalités auxquelles est subordonnée la constitution de la société, à la teneur de la loi nationale qui la régit. On peut même aller plus loin et soutenir qu'il est nécessaire — non seulement qu'une société anonyme ou en commandite par actions établisse ses statuts dans l'Etat dont elle veut prendre la nationalité en se constituant conformément à sa loi — mais en outre qu'elle y établisse son siège social : car parmi les règles édictées par la loi de l'Etat intéressé figure très probablement (tel le cas par exemple en France) l'obligation de publier les statuts en des journaux déterminés, au lieu du siège social ; ce qui implique que celui-ci est situé en un lieu où la loi de constitution exerce son empire. »

(9) PÉRY. — La nationalité des sociétés, p. 89.

(10) PILLET. — Traité pratique de Droit international privé, t. II, n° 739. — Id. PILLET. Les personnes morales en droit international privé, § 92, pp. 133 et 134.

que nous soutenons avait été déjà défendue par le congrès international des sociétés de 1889; pour lui aussi le siège social d'une société ne peut être que dans le pays où elle aura été constituée⁽¹¹⁾.

En vertu des règles mêmes de solution des conflits de lois, le régime juridique du contrat de société est donc celui du lieu de sa formation qui ne fait qu'un avec le lieu du siège social, avec le domicile de la société; c'est celui-ci qui est attributif du régime légal de la société. Mais le domicile n'est pas une nationalité et il ne confère pas la nationalité pas plus à une société qu'à un individu. L'idée de nationalité est d'ailleurs tout à fait inutile en la matière; elle n'a pour effet — nous l'avons vu — que de compliquer et d'obscurcir dans certains cas le problème que nous étudions. La notion de domicile social est tout à fait suffisante pour définir la législation applicable à la société. Quand nous parlons de siège social, il doit être entendu qu'il s'agit du siège initial, de celui où ont été accomplies les formalités de constitution de la société. Il est possible que par la suite la société procède pour des raisons de commodité, à un transfert de son siège social dans un autre pays. Si ce transfert ne modifie pas l'organisation de la société, il ne doit entraîner en aucune façon un changement dans son fonctionnement; l'autorité de la loi d'origine restera entière. Cependant si le transport du siège social était provoqué par une modification profonde de l'entreprise, dans son objet par exemple, nous estimons qu'il y aurait en fait substitution à la société ancienne d'une société nouvelle qui devrait se reconstituer sur d'autres bases, en conformité de la loi du pays du nou-

(11) Rapporté par Cuq. — La nationalité des sociétés, p. 59.

veau siège social. La loi applicable à la constitution d'une société est ainsi nécessairement celle du lieu de son premier siège social. Cette solution n'est pas différente de celle donnée en la matière par les partisans de l'ancienne théorie de la nationalité des sociétés; le mot de nationalité mis à part nous restons donc à cet égard d'accord avec le système généralement adopté avant la guerre.

La loi qui a présidé à la naissance de la société commandera en principe tout son régime juridique; elle réglera le fonctionnement de la société, elle fixera en particulier les pouvoirs des divers organes de la société, elle indiquera aussi les causes possibles de sa dissolution. « Cette loi constituera l'armature que gardera la société pendant toute sa durée, qui gouvernera sa vie de concert avec les statuts et même dans le silence de ces derniers, suppléera à leurs dispositions »⁽¹²⁾.

Si l'activité de la société restait enfermée dans les frontières du pays sur le territoire duquel elle a été fondée, son fonctionnement ne rencontrerait pratiquement pas de difficultés. Mais il en est rarement ainsi aujourd'hui : avec le développement et l'extension pris par les sociétés de capitaux, des conflits nombreux surgissent, des problèmes naissent dont le droit international doit s'occuper tout particulièrement et dont le premier est celui de savoir si la société sera reconnue comme telle dans un pays autre que celui où elle a été constituée.

(12) PILLET. — *Traité pratique de Droit international privé*, 1924, t. II, n° 739.

SECTION II

La reconnaissance des sociétés.

Le problème se pose quand une société constituée sur le territoire d'un pays déterminé veut faire des opérations dans un autre pays. Le champ d'action de la société est-il restreint, limité aux frontières de l'Etat où elle a pris naissance ? Ou bien existe-t-elle, du fait de sa seule constitution, à l'égard des pouvoirs publics et des tribunaux de tous les pays et peut-elle poursuivre dans ces pays les opérations qui lui sont permises dans son pays d'origine ?

C'est là un problème qui a retenu de bonne heure l'attention de la jurisprudence. Les premières difficultés se sont élevées en France et en Belgique à propos des sociétés anonymes et à l'époque où dans notre pays ces sociétés étaient encore soumises, pour leur constitution, à une autorisation du gouvernement. La jurisprudence française se montrait assez libérale à cet égard et refusait d'appliquer aux sociétés constituées à l'étranger, l'article 37 du Code de Commerce soumettant les sociétés anonymes à l'autorisation préalable ; elle décidait qu'une société valablement constituée dans son pays d'origine conservait sa capacité juridique indépendamment de toute autorisation. La jurisprudence belge qui s'était d'abord formée dans le même sens, n'était pas restée fidèle à cette interprétation libérale et le 8 février 1849, la Cour de Cassa-

tion de Belgique décidait qu'une société anonyme constituée régulièrement à l'étranger, n'avait pas d'existence légale en Belgique (13).

Cette thèse a été par la suite soutenue, précisée et développée par le grand jurisconsulte belge LAURENT (14). Pour lui la personne morale étant un être fictif, une pure création de la loi, elle n'a d'existence que dans les limites du territoire soumis à la loi qui l'a créée. Une société ne peut donc exercer son activité et même ester en justice en dehors du pays où elle a été constituée, si elle n'a fait l'objet d'une reconnaissance dans les autres pays. LAURENT a trouvé des disciples en France où M. WEISS s'est particulièrement fait le défenseur de sa théorie (15).

Le système de la fiction a été consacré en France pour les sociétés de capitaux par la loi du 30 Mai 1857. Aux termes de cette loi, les sociétés de capitaux régulièrement constituées en Belgique sont reconnues de plein droit; quant aux sociétés des autres pays, leur reconnaissance est subordonnée à l'existence d'un décret collectif rendu au profit des sociétés de ce pays (16). La loi de 1857 ne s'occupe pas des sociétés de personnes; des auteurs en tirent la conclusion qu'elles

(13) LEVEN. — La nationalité des sociétés, 1926, p. 235.

(14) LAURENT. — Droit civil international, t. IV, pp. 290 et s.

(15) WEISS. — Traité de droit international, t. II, p. 455.

(16) La loi du 30 mai 1857, qui est une réponse à la loi belge du 15 mars 1855, dont elle reproduit à peu près les dispositions, est ainsi conçue:

Art. 1. — « Les sociétés anonymes et les autres associations commerciales, industrielles ou financières, qui sont soumises à l'autorisation du gouvernement belge, et qui l'ont obtenue, peuvent exercer tous leurs droits et ester en justice en France, en se conformant aux lois de l'Empire. »

Art. 2. — « Un décret impérial, rendu en conseil d'Etat, peut appliquer à tous autres pays, le bénéfice de l'article 1^{er}. »

sont reconnues de plein droit (17). On peut se demander si la différence qui existe entre les deux types de sociétés ne tient pas tout simplement à ce que la loi du 24 juillet 1867, qui a abrogé l'ancien article 37 du Code de Commerce, est considérée comme étant d'ordre public, alors que les textes sur les sociétés de personnes ne le sont pas. Les dispositions de la loi de 1867 étant impératives, les sociétés anonymes étrangères devraient s'y conformer pour poursuivre leur activité en France; il ne peut y être dérogé que par le moyen d'un traité ou d'un décret de reconnaissance; la même nécessité n'existe pas pour les sociétés de personnes.

Notre jurisprudence se rattache également au système de la fiction (18). Celui-ci est cependant battu en brèche par une doctrine plus moderne, qui défend une autre conception, celle de la réalité des personnes morales. — Les êtres collectifs, dit-on, sont des êtres réels comme des individus, les personnes physiques. L'individualité des éléments humains qui composent le groupement s'efface, s'absorbe dans une mesure plus ou moins complète et un être juridique nouveau apparaît, doué d'une vie propre et aussi d'une volonté propre, formée par le faisceau des volontés particulières qui se sont unies (19). La réalité des personnes morales dérive pour elles de la formation d'un organisme matériel, d'un intérêt nettement individuel et de l'existence d'une volonté venant assister cet intérêt pour le représenter et le défendre (20). La person-

(17) PILLET et NIBOYET, .. Manuel de droit internat. privé, n° 242.

(18) Cassation, 1^{er} août 1860: « La société est une fiction de la loi; elle n'existe que par elle. »

(19) LEVEN. — De la nationalité des sociétés, 1926, p. 202.

(20) ROMAN. — La nationalité des sociétés, 1919, p. 28.

nalité morale ne résulte donc nullement d'une fiction, elle est tout aussi réelle que la personnalité des individus et par suite on ne doit pas se montrer plus rigoureux à son égard; on doit dans les rapports internationaux la reconnaître de plein droit comme celle des individus (21).

Les deux théories en présence ne nous semblent pas si éloignées l'une de l'autre qu'il apparaît à première vue. Elles ont le même point de départ: la personnalité morale qu'elles confèrent pleine et entière aux sociétés; elles assimilent les sociétés aux personnes physiques, leur reconnaissant un statut, une capacité, une nationalité. Elles sont également d'accord pour admettre que ces personnes morales doivent pouvoir jouir d'une existence juridique en dehors du pays où elles ont pris naissance. Les deux théories s'écartent l'une de l'autre seulement quand il s'agit de déterminer à quelles conditions cette existence sera conférée aux sociétés en question; pour les partisans du premier système, elle doit être subordonnée à une reconnaissance de la part de l'Etat étranger, parce que la personne morale n'est qu'une fiction de la loi dont le pouvoir s'arrête aux frontières; pour les partisans du second système, cette existence est une chose qui va de soi, qui s'impose, qui n'est subordonnée à aucun acte du pouvoir étranger, parce que la personne morale, étant quelque chose d'aussi réel que la personne physique, ne doit pas être soumise à plus de formalités que cette dernière.

(21) PILLET. — Personnes morales, n^{os} 24 et s. — Comme champions de la théorie de la réalité de la personne morale citons encore: MICHOUX. De la personnalité morale. — HAU-RIOU. Revue générale de droit, janv. et mars 1898; Précis de droit administratif, 7^e édition, p. 111. — CAPITANT. Introduction à l'étude du droit civil, 4^e édition, pp. 211 et suiv.

Quelle que soit ainsi leur opinion sur la nature de la personnalité et sur les modalités de sa reconnaissance, les partisans des deux théories adverses se rejoignent dès qu'il s'agit de déterminer les effets de cette reconnaissance: les uns et les autres considèrent que, l'existence des personnes morales une fois admise en dehors de l'Etat sur le territoire duquel elles ont été constituées, celles-ci ont les mêmes droits que les personnes physiques, la même capacité et l'aptitude à faire les mêmes opérations que les individus.

Il nous semble que les uns et les autres font fausse route et qu'ils sont trop absolus dans leurs conclusions, et cela parce que leur point de départ est mauvais. La question de la reconnaissance des sociétés n'est pas, selon nous, celle de savoir si la personnalité morale de ces êtres collectifs existe ou n'existe pas avec toutes ses conséquences à l'égard des Etats étrangers à leur création. Le problème est tout autre et n'a pas l'importance qu'on lui a attribuée. L'erreur est née de ce que partisans comme adversaires de la fiction ont raisonné comme s'il s'agissait d'individus, de véritables personnes. On a vu ce que nous pensons de la société, personne morale; c'est un mode d'activité des particuliers qui trouve sa base dans un contrat. La personnalité, c'est avant tout l'organisme tel qu'il apparaît à nos yeux. C'est bien là quelque chose de réel — et sur ce point nous sommes d'accord avec la théorie de la réalité — mais que ce soit là une véritable personne, ayant tous les attributs d'une personne physique, c'est ce que nous n'admettons pas. La société telle que nous l'avons définie, existe *de plano*; qui pourrait s'aviser d'en nier l'existence? Ce qui existe aussi, c'est l'acte juridique, le contrat pour la réalisation duquel a été créé l'organisme de

la société. Il s'agit de savoir si les effets de ce contrat, si les droits et les obligations nés de cet acte juridique varieront suivant le lieu où ils sont invoqués, s'ils seront admis ou non par d'autres pays que le pays d'origine de la société. Le problème ainsi posé ne présuppose pas une nationalité, mais seulement un contrat soumis à une loi étrangère. « On raisonnera absolument, dit M. NIBOYET (22), comme lorsqu'on se demande si un titre au porteur, acquis dans un certain pays, continue à appartenir à son acquéreur, bien qu'il ait été transporté dans un autre pays. » Nous sommes en présence d'un problème de respect des droits acquis qui est lui-même un des deux aspects du problème du conflit de lois (23). Et parmi ces droits acquis, il en est quelques-uns que l'on ne peut raisonnablement contester à une société régulièrement constituée, c'est le droit de conclure des conventions, et de faire des actes de commerce, et surtout le droit d'ester en justice, de saisir les tribunaux des contestations que peut faire naître l'exécution de ces actes de commerce et de ces conventions. Ces droits doivent constituer un minimum de reconnaissance. Nous ne voyons pas très bien comment, dans l'état actuel du droit des gens, on peut raisonnablement refuser ce minimum aux sociétés (24).

Notre loi de 1857 qui part de l'idée de la personnalité de la société donne d'ailleurs des résultats absur-

(22) NIBOYET. — Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés. Extrait p. 8.

(23) L'autre aspect étant le problème de l'acquisition des droits. PILLET et NIBOYET, Manuel de droit intern. privé, p. 11.

(24) Cf. « Aucun principe ne s'oppose à ce qu'une personne civile constituée légalement soit reconnue de plein droit dans tous les autres pays. » — Institut de droit international; session de Copenhague, 1897. — Annuaire de l'Institut XI, p. 151.

des quand elle est appliquée à la lettre; elle fait une trop grande différence entre les sociétés étrangères autorisées et celles non autorisées. Le décret qui, en conformité de cette loi, autorise en France les sociétés d'un pays étranger, accorde par le fait même à ces sociétés tous les droits sans aucune formalité : droits d'ester en justice, de faire toutes opérations, de créer des succursales et même des filiales; donc pas la moindre entrave ni la moindre barrière à l'activité de ces sociétés, alors que celles qui ne bénéficiaient pas d'un décret d'autorisation sont considérées comme inexistantes. Les sociétés dépourvues de cette autorisation officielle se trouvent ainsi entièrement livrées à la bonne foi de leurs cocontractants; ceux-ci peuvent à leur gré ou poursuivre l'exécution du contrat ou en demander l'annulation; elles au contraire n'ont pas d'action. Telles sont les conséquences un peu surprenantes de la loi de 1857.

A ce point de vue les législations étrangères sont beaucoup plus logiques; elles font pour la plupart une distinction entre la reconnaissance de l'existence des sociétés — comportant en particulier le droit d'ester en justice — qu'elles leur accordent sans aucune formalité, et le droit d'établir des agences, de poursuivre des opérations d'exploitation, qu'elles soumettent à une réglementation très sévère⁽²⁵⁾. Il en est ainsi en Espagne, en Belgique, en Italie, en Grèce, au Portugal, en Norvège, au Japon, dans la République Argentine et dans la plupart des Etats de l'Amérique du Sud où la reconnaissance, avec la portée restreinte que nous venons d'indiquer, résulte « de plano » de dispo-

(25) Pour plus de détails, consulter LEVEN: De la nationalité des sociétés, 1926, pp. 208-242.

sitions formelles de la loi. Dans un autre groupe d'Etats, dont font partie l'Angleterre, l'Allemagne, les Pays-Bas et la Suisse, cette même reconnaissance, quoique n'ayant fait l'objet d'aucune disposition législative expresse, est cependant admise par la jurisprudence.

Le pouvoir exécutif français a grandement atténué — il est vrai — certaines conséquences surprenantes de la loi de 1857; il a fait bénéficier de décrets d'autorisation ou de conventions diplomatiques la plupart des sociétés constituées à l'étranger. Les sociétés d'origine allemande dont la situation en France était précaire depuis la dernière guerre bénéficient de nouveau des mêmes droits que les sociétés des autres pays depuis la conclusion de l'accord commercial franco-allemand signé à Paris le 17 août 1927 (26). Quant aux très rares sociétés non autorisées, la jurisprudence les considérant comme des « sociétés de fait »

(26) *J. officiel*, 31 août 1927. *Clunet* 1928, pp. 236 et suiv.

Avant la conclusion de cet accord et depuis la guerre de 1914-18, les sociétés constituées en Allemagne étaient considérées comme inexistantes en France. Avant la guerre, ces sociétés ne pouvaient se prévaloir d'aucun décret collectif, mais elles étaient protégées par la clause de la nation la plus favorisée qui figurait dans le traité de Francfort (Cf. *Cass.* 14 mai 1895. *Clunet* 1895-836). — Avant la création de l'empire allemand en 1871, deux Etats allemands pouvaient seuls se prévaloir d'un décret de reconnaissance: la Prusse (19 déc. 1866) et la Saxe (23 mai 1868). (*Clunet* 1911-507). — MM. PILLET et NIBOYET (*Manuel de droit international privé*, p. 311, note 3) se demandent si ces décrets au profit de la Saxe et de la Prusse sont toujours en vigueur malgré la guerre et ils concluent: « Nous serions tentés d'adopter la négative. » Il est permis de ne pas être de cet avis. L'octroi de la clause de la nation la plus favorisée n'a été selon nous pour ces deux pays qu'une garantie supplémentaire qui a laissé subsister les anciens décrets. La suppression de la clause de la nation la plus favorisée par le traité de Versailles n'a pas annulé l'effet des décrets de 1866 et 1868.

permet de les actionner en tant que défenderesses (27).

Quoi qu'il en soit, la loi surannée du 30 mai 1857 subsiste toujours avec ses défauts; il reste toujours possible au gouvernement français de refuser de reconnaître l'existence d'une société constituée à l'étranger; d'autre part dès qu'il a pris un décret d'autorisation en faveur des sociétés d'un pays déterminé, il permet à ces sociétés de poursuivre une activité qu'avec plusieurs auteurs nous estimons beaucoup trop étendue. MM. THALLER et PERCEROU, commentant le régime de la loi de 1857, écrivent en effet (28): « On aurait compris un régime plus favorable qui n'aurait exigé ce décret ou ce traité que pour habiliter la société à fonder des comptoirs chez nous. Même à défaut de décret ou de traité, elle aurait pu devenir créancière de Français et plaider devant nos tribunaux, à condition de ne pas créer d'agences sur notre territoire... On comprendrait, tout à l'inverse, un régime plus sévère que celui qui est actuellement en cours, et basé sur la même distinction. Le décret général de notre gouvernement habiliterait seulement la société étrangère à traiter des affaires avec des Français et à ester en justice devant nos tribunaux. Mais il ne suffirait pas à lui conférer le droit de constituer un établissement sur notre sol; pour posséder ce dernier avantage, la société devrait faire reconnaître ses statuts par le gouvernement français ». MM. THALLER et PERCEROU font ainsi une distinction très nette sur la portée de l'admission des sociétés dites étrangères. On doit

(27) PILLET et NIBOYET. — Manuel de droit intern. privé, n° 242.

(28) THALLER et PERCEROU. — Traité élémentaire de droit comm., n°s 776 et 777. — Dans le même sens: LEVEN, op. cit. p. 207.

regretter que cette distinction n'ait pas été faite par notre loi de 1857. Ce texte est périmé et il devrait être abrogé et remplacé par des dispositions législatives semblables à celles déjà adoptées par la plupart des Etats étrangers. La nécessité d'une réforme est d'ailleurs apparue de bonne heure au législateur français. Dès 1880, M. NAQUET demandait que la loi du 30 mai 1857 fût modifiée (29). Un projet déposé par le gouvernement en 1903 proposait de consacrer la distinction que nous avons exposée précédemment ; ce projet fut repris par M. CHASTENET comme proposition de loi déposée par lui à la Chambre des députés (30), le 29 mai 1911. Malheureusement aucune suite n'a encore été donnée à cette proposition de loi. L'idée fait cependant son chemin ; elle a reçu tout récemment une application remarquable dans l'accord commercial franco-allemand du 17 août 1927, dont nous venons de parler. L'article 26 de cet accord, consacré aux sociétés de commerce des deux pays contractants, reconnaît d'une part que « la légalité de leur constitution et leur capacité d'ester en justice seront appréciées d'après leurs statuts et d'après la loi de leur pays d'origine », mais il dispose d'autre part que « l'activité des sociétés établies sous la législation d'une des hautes parties contractantes, en tant qu'elle s'exerce sur le territoire de l'autre sera soumise aux lois et règlements de celle-ci ». L'accord revendique donc pour les sociétés un minimum de reconnaissance s'imposant à l'Etat sur le territoire duquel une société étrangère veut exercer son activité ; quant à cette activité elle-même, l'accord admet qu'elle doive être régie par l'Etat où elle s'exerce.

(29) Journal des sociétés, 1882-194.

(30) *J. off.* Chambre. Doc. parlem. 1911, n° 981, p. 394.

La pratique a donc mis en lumière les défauts et l'illogisme de la loi sur la reconnaissance des sociétés; les résultats inattendus que son application a donnés ne sont que la conséquence de la notion dont elle procède, de l'idée de la fiction. La société étant, de par la loi, considérée comme une personne et assimilée aux êtres physiques, aux individus, dès qu'elle avait été reconnue et qu'ainsi son existence était admise en dehors de l'Etat qui lui avait donné naissance, sa nationalité en découlait nécessairement : elle était sacrée par l'Etat qui la reconnaissait personne étrangère, elle était en conséquence tenue des obligations et jouissait aussi des droits qui sont ceux des individus étrangers. Par le concept de la reconnaissance de la société, on prétendait donc résoudre automatiquement une série de questions qui n'avaient entre elles qu'un rapport très lointain. Le problème dit « de la reconnaissance des sociétés » avait pris une trop grande importance et s'il avait atteint l'ampleur que nous lui connaissons, c'est parce que dans ce cas comme dans beaucoup d'autres on avait conféré à la notion de personnalité morale une importance qu'elle n'a pas en réalité. Reconnaître une société, ce n'est pas lui conférer l'existence ; prétendre ceci, c'est pousser trop loin l'idée de fiction. L'Etat pour lequel se pose la question de la reconnaissance ne crée pas la société qui existe dès la conclusion du contrat de société ; il ne lui confère pas non plus la personnalité qui lui est acquise à partir du moment où elle s'est constituée dans son pays d'origine et conformément à la loi de ce pays. « La personnalité morale, dit M. PILLET, est une qualité juridique née de la formation régulière d'une société commerciale, un droit régulièrement acquis à l'étranger et qui, comme tel, doit être res-

pecté au dehors » (31). Reconnaître une société, ce n'est pas non plus la soumettre aux obligations ni lui accorder les droits qui sont ceux des individus ; en un mot ce n'est pas lui reconnaître une capacité comme à des personnes physiques. La comparaison que la jurisprudence et une partie de la doctrine ont voulu établir entre le régime juridique des sociétés et les lois qui règlent l'état et la capacité des personnes est une conséquence forcée de l'assimilation des sociétés aux individus ; mais elle est aussi artificielle que celle-ci. Un contrat et ses effets ne peuvent être assimilés à une personne et à son statut. Reconnaître une société, c'est admettre les effets du contrat dont elle procède, c'est permettre en particulier à la société de conclure des conventions, de traiter des affaires, de faire respecter ses marques industrielles ou commerciales et enfin d'ester en justice en se conformant, bien entendu, aux règles de procédure et de compétence posées par le législateur local. Ces droits sont comme le prolongement de l'existence de la société au point de vue du droit privé. La reconnaissance de la société, ainsi comprise, devrait exister *de plano*, et cela, comme nous l'avons vu, en vertu du principe du respect des droits acquis. Aucune difficulté ne devrait être soulevée à ce sujet.

Mais quelle sera la situation de la société dès que son activité en dehors des frontières du pays où elle a pris naissance débordera ce minimum de la reconnaissance ? Pourra-t-elle fonctionner avec la même liberté que dans son pays d'origine ? Restera-t-elle soumise à la législation du pays où elle a été fondée ?

(31) PILLET. — Traité pratique de droit intern. privé, 1924, t. II, n° 740.

L'autorité de la loi du lieu de formation restera-t-elle entière ? Même si nous considérons la société comme un contrat ordinaire, nous savons que le principe de l'autonomie de la volonté est limité dans son application par différentes lois d'ordre public, par des lois obligatoires dont la portée internationale est fixée d'après les règles ordinaires de solution des conflits de lois. Faut-il se contenter de cette limitation ? N'oublions pas que le contrat de société est un contrat d'un ordre particulier, pour la réalisation duquel a été créé cet organisme qui apparaît au public, que l'on appelle une société commerciale, dont l'influence peut être énorme, dont l'activité peut affecter dans une mesure importante la vie d'un pays, l'intérêt des particuliers, le crédit public.

Il est certain que la notion d'ordre public va prendre ici tout son sens et qu'elle restreindra dans une large mesure l'empire de la loi du lieu de formation. Il nous faut donc délimiter nettement les deux domaines et à cet effet il nous paraît nécessaire d'indiquer tout d'abord avec exactitude ce que nous entendons par ordre public. La notion a besoin d'être précisée, car l'accord à son sujet n'est pas encore réalisé dans la doctrine ; elle fait aujourd'hui encore l'objet des plus ardentes controverses.

La notion de l'ordre public

Elle est conçue de façon fort différente suivant les écoles ⁽³²⁾. L'expression est empruntée en France à

(32) SAVIGNY, t. VIII, trad. GUENOUX, § 349, p. 35. — BARTIN. Les dispositions d'ordre public. Etudes de droit international privé, pp. 189-284. — DESPAGNET. De l'ordre public en droit international privé, Clunet 1889, pp. 5-21 et pp. 207-222. — WEISS, 2^e édit., t. III, pp. 94-107. — PILLET. De l'ordre public,

plusieurs articles du Code Civil; notamment à l'article 6, aux termes duquel « l'on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public ». Ces deux mots sont évidemment très vagues ; en qualifiant certaines dispositions de lois d'ordre public, le code ne nous indique pas leur portée exacte et leur autorité en droit international. C'est ce qui explique que des auteurs distinguent jusqu'à quatre catégories d'ordre public (33). M. VALÉRY estime que le sens le plus naturel à donner aux lois d'ordre public, c'est qu'elles ne sont pas autre chose que les lois impératives ou prohibitives du droit international privé (34). Une doctrine assez répandue, ayant à sa tête M. WEISS, oppose l'ordre public interne à l'ordre public international, le premier s'imposant au respect des nationaux, le second s'appliquant aux étrangers (35). Cette terminologie paraît critiquable, car elle méconnaît dans son application la nature véritable de l'ordre public. En effet que doit-on logiquement entendre par ordre public international ? Ce terme n'évoque-t-il pas l'idée d'un ordre commun à plusieurs nations ? La terminologie employée trompe

Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble, 1890, t. II, n° 2. Principes de droit international privé, t. I, n°s 182 à 222. Traité pratique de droit international privé, t. I, n°s 35 à 38. — PILLET et NIBOYET. Manuel de droit international privé, n° 325 à 334.

(33) Voir pour plus de détails à ce sujet : LAGARDE. L'émission des titres en France par des sociétés de commerce étrangères, Thèse, Poitiers, 1926.

(34) VALÉRY. — Manuel de droit international privé, Paris 1914, p. 573 in fine.

(35) WEISS. Traité théorique et pratique de droit international privé, 1907, t. III, p. 94. — DESPAGNET et DE BOECK. Cours de droit international public, n° 108. — BROCHER. Cours de droit international privé, t. I, p. 106. — SURVILLE et ARTHUYS, 6^e éd. p. 51. — AUDINET. Précis élémentaire de droit international privé 1906, n° 301.

done sur son contenu. Nous en dirons autant de celle adoptée par d'autres auteurs qui emploient les termes d'ordre public absolu pour les rapports internationaux et d'ordre public relatif pour les rapports internes. En effet il n'y a pas deux ordres publics dans chaque pays, l'un pour les nationaux, l'autre en fonction des rapports internationaux. Si une disposition du droit interne est déjà d'ordre public à l'égard des nationaux, *a fortiori* l'est-elle également à l'égard des étrangers ⁽³⁶⁾. L'ordre public est quelque chose d'unique, d'essentiellement national ; il est propre à un seul pays, il comprend les lois édictées par ce pays dans l'intérêt de la communauté nationale, les lois d'intérêt général ; et celles-ci obligent tous les individus, nationaux ou étrangers, dès le moment où leur activité se manifeste sur le territoire du pays en question. « Il n'existe pas, dit M. PILLET, de lois d'ordre public international que l'on doive opposer à l'ordre public national. Lorsque nous qualifions de lois d'ordre public international les lois dont nous parlons, nous faisons allusion à la propriété qu'elles possèdent d'obliger les étrangers aussi bien que les nationaux, mais si nous considérons leur nature, nous sommes obligés de convenir que chaque Etat n'est chez lui le gardien que de son ordre public, que c'est donc bien l'ordre public national qui impose ses exigences aux étrangers » ⁽³⁷⁾. Pour M. BARTIN, un autre auteur, dont les études ont également projeté une lumière nouvelle sur la question, la théorie de l'ordre public se résout en une série d'exceptions apportées par chaque législation aux règles de conflit que cette législation admet ; ce serait

(36) Cf. PILLET et NIBOYET. — Manuel de droit international privé, n° 331.

(37) PILLET. — Principes de droit international privé, 1903, p. 395.

une dérogation aux principes du droit international privé (38). Ces deux auteurs, M. BARTIN comme M. PILLET, ont donc sur la question des idées sensiblement les mêmes; ils sont avant tout partisans de l'unité de l'ordre public. Nous sommes de cet avis: il n'y a qu'un ordre public, l'ordre public national, l'ordre public tout court. Si l'on tient absolument à conserver l'expression d'ordre public international qu'on entende par là l'ensemble des règles déjà généralement admises par les nations pour la solution des conflits de lois. L'expression serait alors dans une certaine mesure synonyme de droit international privé. Les Anglais ne vont-ils pas parfois jusqu'à identifier les deux notions? (39) Les lois d'ordre public peuvent-elles, comme l'affirment certains auteurs dont M. WEISS (40), faire l'objet d'une énumération précise et définitive? Nous ne le pensons pas. M. PILLET cite comme exemples de lois d'ordre public les lois politiques, les lois dites de crédit public qui tendent à faire régner la confiance dans un pays en veillant à la sûreté et à la loyauté des transactions, les lois sur la publicité des actes juridiques, les lois fiscales et de procédure (41). Mais ce ne sont là que des exemples. Nous estimons avec M. PILLET qu'il n'est pas possible d'énumérer limitativement les dispositions d'ordre public, celles-ci dénotant la présence d'un besoin actuel et par conséquent variable. En effet les institutions évoluent sans cesse;

(38) BARTIN. — Les dispositions d'ordre public. *Rev. de Droit intern. privé et de législ. comp.* 1897, pp. 385 et s.; 613 et s.

(39) DICEY. — *Digest on the conflict of laws*, 3^e édition parue en 1922.

(40) WEISS. — *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 1907, t. III, p. 94.

(41) PILLET. — *Principes de droit international privé*, 1903, p. 395.

de ce fait, l'ordre public peut subir des transformations ; on ne peut affirmer qu'une institution sera toujours ou ne sera jamais d'ordre public. S'il est ainsi fonction du temps, l'ordre public dépend en outre du lieu ; il varie d'un pays à l'autre. Il dépend donc de la législation de chaque pays à chaque instant donné. Il doit être sans hésitation appliqué à des nécessités nouvelles, adapté à des situations transformées. Ceci est particulièrement vrai en matière d'activité des sociétés, de ces groupements dont la puissance ne cesse de grandir et contre lesquels de nouvelles précautions doivent être prises dans l'intérêt tant des individus qui entrent en contact avec eux que des Etats mêmes sur le territoire desquels ils exercent leur activité.

Ayant ainsi précisé ce que nous entendons par ordre public, nous allons examiner dans quelle mesure cette notion doit faire échec aux principes que nous avons précédemment exposés sur la constitution et le fonctionnement des sociétés. Nous avons vu que la loi en général compétente est la loi d'origine de la société, la loi du siège social, celui-ci ne faisant qu'un avec le lieu de constitution. La loi d'origine règlera en principe les différentes formalités qui président à la constitution de la société, celles que prévoit par exemple notre loi du 24 juillet 1867 pour les sociétés par actions : confection des statuts par les fondateurs, souscription des actions, versement de tout ou partie de leur montant, dépôt des statuts, déclarations diverses à faire par-devant notaire, etc. Parmi ces opérations il en est une particulièrement importante, qui donne la vie à la société, qui lui procure des associés, sans laquelle elle ne peut être véritablement constituée ; nous voulons parler de la souscription des actions, des titres représentatifs de la société. Pour

bien se rendre compte de l'importance de cet élément dans la constitution de la société, il est bon d'examiner ce qui se passe en fait au moment de la création d'une société. Nous laissons de côté le type de la société par intérêt dans laquelle les associés sont en général peu nombreux et se connaissent au préalable, dans laquelle les associés et les fondateurs se confondent ; cette société est véritablement et définitivement constituée dès que les associés ont signé l'acte social et accompli les quelques formalités secondaires requises par la loi. En est-il de même en matière de sociétés par actions ? Il est permis d'en douter. Dans ce type de société, le cercle des associés est beaucoup plus étendu que dans le précédent. En principe la société ne devrait pouvoir être valablement constituée qu'après réunion de tous ces associés ; mais nous savons qu'elle n'est pas en réalité l'œuvre de tous les actionnaires qui ne se connaissent pas entre eux ; elle est due en fait à l'initiative de quelques individus, les fondateurs. Ce sont ceux-ci qui élaborent les statuts et accomplissent les formalités constitutives, s'occupent en particulier de recruter des souscripteurs, de réunir le capital nécessaire au fonctionnement de la société. Deux voies sont ouvertes aux fondateurs pour leur permettre d'atteindre ce but. Ils peuvent s'adresser directement au public et offrir les actions aux personnes qui voudront les prendre ; la société ne pourra se constituer que lorsque les souscripteurs auront répondu en assez grand nombre à cette invitation pour atteindre le capital prévu par les statuts. Cette procédure qui a pour elle l'avantage de la sincérité, présente souvent l'inconvénient de faire traîner en longueur la constitution de la société ; elle aboutit même quelquefois à un échec. C'est ce qui fait qu'en général les fondateurs ont recours à un moyen plus simple et plus expéditif :

ils s'appliquent à eux-mêmes le capital social et les actions suivant la proportion qui leur convient, accomplissent les formalités prévues par la loi et la société est ainsi constituée dans un délai très court. Cette façon de procéder, si elle semble conforme à la loi et présente pour les fondateurs d'incontestables avantages pratiques, n'est le plus souvent ni sincère ni loyale. En effet la société ainsi constituée reste rarement limitée aux fondateurs ; ceux-ci n'ont en général rien de plus pressé, dès que la société existe valablement, que d'écouler leurs actions dans le public, et cela à un cours bien supérieur au taux de la première émission et souvent au-dessus de la valeur réelle des titres. Ils conservent simplement pour eux des parts de fondateurs pour se réserver d'importants profits, ou des actions à droit de vote plural pour garder, quoi qu'il arrive, le contrôle des entreprises qu'ils ont fondées.

Quel que soit donc le moyen employé, l'émission des titres d'une société par actions se résout en définitive en un appel, direct ou indirect, au public, à la grande masse des épargnants. La souscription des actions peut-elle dans ces conditions rester soumise sans réserve à la loi d'origine de la société ? Ou bien cette dernière ne doit-elle pas, en raison du grand intérêt social qui s'attache au placement de valeurs mobilières dans le public, s'effacer en la matière devant des considérations plus impérieuses d'ordre public ? C'est tout le problème de la protection de l'épargne qui est ainsi soulevé, car la masse des actionnaires, celle qui précisément n'a qu'une influence très restreinte sur le fonctionnement de la société, se recrute parmi les petits épargnants.

SECTION III

L'émission des actions et la protection de l'épargne.

Aboutissant en définitive à un appel au public, l'émission des titres d'une société par actions touche la masse des petits capitalistes. Une législation sur les sociétés, pour être bien faite, doit donc, tout en rendant possible la constitution et le fonctionnement de ces sociétés, défendre les petits actionnaires qui sont le plus grand nombre et qui paraissent au moins aussi dignes d'intérêt que les promoteurs, les fondateurs ; cette législation doit réglementer sévèrement l'émission des actions.

Il semble utile, avant d'étudier le mécanisme de l'émission, de bien préciser le sens dans lequel nous entendons ce mot d'émission, car celui-ci est employé avec des acceptions assez variées par le législateur, la doctrine et la pratique. Dans la langue juridique, l'émission a un sens précis et tout à fait restreint ; on désigne par là le premier placement de titres qui jusque-là n'appartenaient à personne (42). Mais nous savons que cette opération, dans la société par actions, se fait actuellement presque toujours en deux temps : souscrits tout d'abord par les promoteurs de l'affaire, les titres sortent presque aussitôt de ce cercle étroit

(42) WAHL. — Traité du régime fiscal des sociétés et des valeurs mobilières, t. II, n° 2768.

pour être mis en circulation dans le public. A côté de son sens technique, juridique, le mot d'émission a donc un sens usuel, un sens large de premier appel au marché public. L'emploi d'un seul et même mot pour ces deux opérations qui diffèrent essentiellement l'une de l'autre, est assez regrettable. Nous n'envisageons ici que l'appel au marché public : étant l'aboutissement de toute souscription d'actions, cet appel constitue la seule et véritable émission.

Pour la réalisation de cette émission, pour le placement de leurs titres, les sociétés actuelles dont les ressources financières et surtout les moyens d'action sont insuffisants, doivent s'adresser aux manieurs d'argent, aux banquiers et aux banques, aux établissements de crédit. L'industrie et la banque sont à l'heure actuelle dans l'interdépendance la plus étroite et leurs intérêts sont intimement liés ; l'une ne peut exister sans l'autre, la banque exerçant cependant une certaine prédominance sur l'industrie. Cet état de choses n'est qu'une conséquence du développement pris par les sociétés depuis le milieu du siècle dernier. Quand, à cette époque, les pays d'Europe s'éveillèrent à l'économie internationale, lorsque les besoins de capitaux s'étendirent et nécessitèrent une concentration toujours plus large de l'industrie et du commerce, lorsque sous l'impulsion de ces nécessités apparurent les sociétés par actions, remplaçant la forme étroite des entreprises individuelles et des sociétés de personnes, la banque s'organisa elle aussi pour alimenter ces besoins nouveaux. Les banquiers devinrent des fournisseurs d'argent ; puis ils firent place à des organisations collectives plus puissantes, les grandes banques dites banques d'affaires. Celles-ci sont devenues aujourd'hui les auxiliaires indispensables des grandes entreprises industrielles et commerciales cons-

tituées sous la forme de sociétés par actions ; elles remplissent en quelque sorte à l'égard de ces dernières le rôle de commanditaires ; elles sont devenues, pour employer l'expression de M. ALLIX ⁽⁴³⁾ des fournisseurs de capital social. En effet il n'est plus à l'heure actuelle de société de quelque importance qui n'ait recours à l'aide financière de la banque. L'action de cette dernière se fait sentir à tous les moments de la vie de la société ; mais son rôle principal se place incontestablement à la naissance de la société : son intervention est décisive pour la souscription des titres émis par l'entreprise. Assez rarement la banque se contente de prêter ses guichets à la collectivité émettrice pour la vente des actions ; presque toujours elle fournit elle-même le capital initial. Ce résultat la banque d'affaires l'obtient soit en souscrivant elle-même la totalité du capital au moyen des ses disponibilités, soit plus souvent en constituant dans son entourage de capitalistes un syndicat financier qui s'intéressera à l'affaire. Ce syndicat appelé généralement un syndicat de garantie est suivant la définition classique de M. THALLER, « une association formée entre divers banquiers pour prendre en bloc et pour introduire ensuite au détail dans le public, suivant les proportions arrêtées entre eux, le capital actions et obligations d'une entreprise » ⁽⁴⁴⁾. Par toutes ses ramifications sur l'ensemble du territoire, d'un pays

(43) E. ALLIX. — La banque et l'industrie. Revue politique et parlementaire, 1921, 45.

(44) THALLER. — Les syndicats financiers d'émission. Paris, 1910 et aussi : Annales de droit commercial, 1911, p. 8.

Voir également sur le même sujet : LAGARDE. L'émission des titres en France par des sociétés de commerce étrangères, Poitiers, 1926, p. 13, n° 6. — MICHEL. Le contrôle économique des sociétés, chap. III.

par ses nombreuses agences, souvent même par le démarchage à domicile, cette organisation collective sollicite les capitalistes des coins les plus reculés de province, elle atteint les portefeuilles les mieux cachés.

Quand cet organisme financier se met au service d'entreprises sérieuses et honnêtes et qu'il se maintient dans son rôle de fournisseur de capitaux de ces sociétés, il présente des avantages indéniables, il est l'auxiliaire infiniment utile, l'auxiliaire nécessaire du commerce et de l'industrie. Malheureusement il n'en est pas toujours ainsi ; de plus en plus les banques d'affaires sortent de ce rôle. Elles s'efforcent de placer les sociétés qu'elles soutiennent sous leur dépendance, soit en se faisant attribuer des places d'administrateurs au sein de ces sociétés, soit en conservant pour elles-mêmes un certain nombre d'actions qui leur donnent le contrôle des entreprises en question. Les banques d'affaires ont tendance à transformer les sociétés et avant tout leurs titres en objets de spéculation ; elle jouent sur les titres. Par l'intermédiaire de leurs syndicats d'émission, grâce à une publicité trompeuse, à des manœuvres boursières souvent répréhensibles, elles préparent le marché de l'émission, établissent des cotations factices et même pour soutenir les cours et tromper plus sûrement le public, elles rachètent fréquemment les titres qu'elles ont mis en vente. On voit donc dans quelle atmosphère trouble s'effectue l'émission des titres de certaines sociétés. Ces manœuvres des syndicats financiers, ces opérations de spéculation sont devenues si fréquentes qu'elles sont aujourd'hui cataloguées dans la terminologie boursière sous le nom de *holding* et les syndicats de plus en plus nombreux qui se constituent pour pratiquer ce genre de spéculation prennent le nom de sociétés holding (holding companies). Fondées par

certaines individus pour jouer en bourse sur les titres d'autres sociétés, les holdings ⁽⁴⁵⁾ n'ont aucune utilité créatrice, elles n'ont pas pour but de favoriser et d'aider la production ; leur seul objet est la spéculation sur des valeurs mobilières ; par des alternances de hausse et de baisse, de ventes et de rachats de ces valeurs, les holdings permettent à leurs fondateurs de réaliser des bénéfices énormes. Entreprises purement spéculatives qui n'apportent aucun élément nouveau à la prospérité d'un pays, elles ne sont d'aucune utilité pour son économie générale ; elles ne sont fécondes que pour leurs promoteurs qu'elles enrichissent au détriment d'une clientèle trop confiante et aussi trop peu avertie. Certains de ces syndicats s'identifient parfois à des entreprises véreuses, à des sociétés purement fictives, émettent des actions qui n'ont même pas la valeur de leurs poids de papier. Les récents scandales financiers ont mis en évidence la facilité avec laquelle des spéculateurs audacieux et sans scrupules, qui se doublent généralement de publicistes sans aveu, peuvent monter des entreprises de ce genre qu'ils présentent comme de superbes affaires, et en écouler les titres dans le public, abusant ainsi de la bonne foi, de la naïveté et du manque de discernement des petits épargnants. De telles entreprises édifiées sur des bases tout artificielles, ne vivant que par la crédulité publique, doivent fatalement s'effondrer après un temps plus ou moins long ; mais elles auront toujours vécu assez pour permettre à leurs promoteurs d'extorquer des capitaux énormes

(45) Sur le mécanisme des holdings, voir l'exposé de M. MONNET à la Chambre des députés ; séance du 7 juin 1929 ; interpellations sur la protection de l'épargne. *Journal officiel* du 8 juin 1929.

à la masse des petits capitalistes, de faire d'innombrables dupes et de laisser derrière eux des déceptions et des ruines.

Un régime légal qui permet de semblables abus est un régime mal fait et qui doit être réformé. On sait combien s'est émue l'opinion publique à l'occasion de l'affaire Hanau ; des députés sont intervenus à plusieurs reprises à la Chambre pour flétrir l'action de la spéculation financière et dénoncer les procédés des syndicats financiers ; le vote de nouvelles lois a été envisagé par le Parlement. Dans sa séance du 11 juin 1929, la Chambre des députés a discuté un projet de loi dû à l'initiative de M. CHASTENET et réglementant d'une façon plus sévère que par le passé l'exercice de la profession de banquier. D'autres projets sont à l'étude, l'un d'eux sur la réglementation du démarchage en matière de valeurs mobilières. On connaît en effet les dangers que présente cette pratique de racolage direct des souscripteurs, pratique s'adressant surtout aux petits épargnants. Il est souvent difficile à ceux-ci, qui manquent du discernement nécessaire pour juger de la valeur véritable des titres qui leur sont offerts, de se défendre contre l'insistance et l'habileté oratoire de certains démarcheurs. Aussi quelques députés estiment-ils qu'il ne suffit pas d'interdire, comme le propose le gouvernement, le démarchage pour certains titres non libérés ou à certaines personnes ayant subi des condamnations, mais qu'il est nécessaire de le supprimer complètement, à l'exemple de l'Angleterre et de l'Allemagne, parce que le démarchage porte son danger en lui-même. Le Parlement est également saisi d'un projet sur la publicité des émissions financières. Il est en effet nécessaire de s'attaquer à cette publicité financière qui tend à drainer l'épargne en promettant des intérêts de 30

ou 40 %, en disant qu'avec un peu d'argent on peut faire fortune très rapidement. Le gouvernement a pris sans retard certaines mesures administratives. Il a nommé une commission de contrôle à laquelle sont soumises, avant toute décision du ministre des Finances, toutes les demandes d'introduction sur le marché de valeurs étrangères ou coloniales. Il a organisé une réglementation des valeurs hors cote et un renforcement du contrôle des opérations de la coulisse. Puis il a institué une commission chargée de préparer un projet général de protection de l'épargne. Un projet a été étudié également, tendant à exercer une surveillance sur les syndicats en bourse qui poussent à la hausse fictive de certaines valeurs ; un autre projet, dû à l'initiative de M. Goux, a pour objet de renforcer les pénalités qui frappent l'escroquerie ou l'abus de confiance lorsque ces délits sont commis au moyen d'émission ou de négociation de valeurs mobilières. Enfin le gouvernement étudie la création d'un office national des sociétés, office de centralisation et d'information, où le public pourra se documenter sur les diverses sociétés, leurs statuts, leurs bilans, leurs assemblées générales (46).

A l'importance des mesures ainsi envisagées ou déjà prises, on peut juger de la gravité du mal financier dont souffre le pays ; la crise est particulièrement redoutable en France, pays par excellence des petits capitalistes ; elle risque d'aboutir à la destruction de l'épargne. On ne peut donc qu'applaudir à l'énergie avec laquelle le gouvernement semble vouloir s'atta-

(46) Déclarations de M. Chéron, ministre des finances, à la Chambre des députés, au cours des interpellations sur la protection de l'épargne, le 7 juin 1929. — *Journal officiel*, Chambre, 8 juin 1929.

quer aux spéculateurs et autres intermédiaires louches qui rôdent autour de la Bourse.

On a vu que ceux-ci opèrent rarement à titre individuel et que presque toujours ils forment des associations pour arriver plus facilement à leurs fins ; on a vu également que leurs opérations portent principalement sur les titres d'autres sociétés. Les diverses mesures envisagées pour la protection de l'épargne ne seront vraiment efficaces que si elles vont de pair avec une réforme de notre législation des sociétés ; les deux questions sont liées étroitement l'une à l'autre. Le problème de la protection de l'épargne est avant tout un problème de réglementation de l'émission des valeurs mobilières, des titres et actions des sociétés. Les abus actuels qui portent presque exclusivement sur les titres des sociétés par actions n'ont été en grande partie rendus possibles que parce que l'on a permis aux fondateurs de ces sociétés l'émission en deux temps dont nous avons parlé précédemment : souscription des titres restreinte aux quelques fondateurs, puis revente de ces titres sur le marché public. Ce procédé semble contraire sinon à la lettre, du moins à l'esprit de la loi du 24 juillet 1867 ; il est difficile de contester que les dispositions de cette loi, relatives à la souscription des actions visaient surtout la mise en souscription du capital par appel direct au public (47). Cette dernière voie est la plus susceptible de conférer à la souscription des garanties de réalité et de sincérité. Cependant si, pour les raisons de commodité déjà exposées, on veut continuer à permettre la souscription totale des actions par les fondateurs,

(47) THALLER et PERCEROU. — Traité élémentaire de droit commercial, 1925, n° 499.

il y aurait lieu de prendre des mesures appropriées pour que cette souscription soit sérieuse et sincère, qu'elle soit fondée sur des réalités, qu'elle n'ait pas des bases plus ou moins solides ou même purement chimériques comme dans l'affaire de la Gazette du Franc ou d'autres analogues qui ont défrayé la chronique dans un passé qui n'est pas encore très éloigné de nous. C'est dans ce domaine que l'office national des sociétés, dont la création prochaine a été annoncée par M. CHÉRON, ministre des Finances, pourrait jouer un rôle éminemment utile. Ses attributions devraient être élargies dans une notable mesure ; l'office des sociétés ne devrait pas borner son rôle à documenter uniquement le public sur les sociétés déjà existantes, il devrait être en outre un organe chargé de renseigner le gouvernement sur les sociétés en formation. Composé par exemple de fonctionnaires du Ministère des Finances, de juristes, de représentants de la banque et de l'épargne, il devrait s'efforcer de réunir les renseignements les plus étendus et les plus précis sur les sociétés en voie de création, sur les antécédents des fondateurs et pouvoir formuler ensuite un avis autorisé sur les possibilités de réussite des entreprises en question. Saisi de cet avis et mis en possession de tous les éléments d'appréciation, le gouvernement devrait, sans qu'il soit nécessaire de revenir au régime de l'autorisation, être armé pour pouvoir empêcher la constitution de sociétés qui reposeraient sur des bases fictives. Il y aurait naturellement lieu pour le pouvoir exécutif de n'user de cette arme qu'avec prudence, de ne frapper à peu près qu'à coup sûr pour ne pas décourager la formation d'entreprises honnêtes et utiles.

Les sociétés étant ainsi constituées sur des bases sérieuses, il ne devrait plus être permis d'écouler du

jour au lendemain les titres dans le public à une valeur double, sinon triple de leur valeur nominale. Il y a dans une telle revente des actions, quelques jours après leur création, un véritable scandale, un vol de la propriété d'autrui. Comment peut-on concevoir en effet que dans un délai aussi court et alors qu'aucune opération n'a sans doute encore été faite, une action ait mérité une semblable plus-value. C'est l'interdiction même des holdings qui s'impose, de ces organismes qui, sans aucune utilité pour l'économie générale, ne font que favoriser la spéculation et ne profitent qu'à des parasites. La suppression des holdings et le contrôle rigoureux de la publicité des émissions doivent pouvoir entraver, sinon empêcher la spéculation en question.

Nous venons de faire allusion à la publicité des émissions ; cette question demande à être précisée, car elle se présente sous des aspects assez différents l'un de l'autre. On entend tout d'abord par publicité l'ensemble des formalités imposées par la loi aux sociétés commerciales, et qui ont pour but de porter à la connaissance du public l'acte de société avec ses différentes dispositions et stipulations. Cette publicité imposée à peine de nullité de la société est réglée aujourd'hui dans son ensemble pour toutes les sociétés commerciales par la loi du 24 juillet 1867 (Titre IV) ; elle est prescrite avant tout dans l'intérêt des personnes qui doivent traiter avec la société : c'est en effet l'acte rendu public qui est seul opposable aux tiers et règle les conventions entre ceux-ci et la société. Par ce moyen le public peut en outre être renseigné sur la société et sur son fonctionnement. Les mesures de publication sont, à cet égard, au nombre de deux ; elles consistent d'une part dans le dépôt d'un double de l'acte de société, s'il est sous seing

privé, ou d'une expédition, s'il est notarié, aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce du lieu dans lequel est établie la société, et d'autre part dans l'insertion d'un extrait de l'acte constitutif dans un journal désigné pour recevoir les annonces légales. En dehors de cette double formalité, la loi du 18 Mars 1919 prescrit en outre l'immatriculation de la société dans le registre du commerce du lieu du siège social.

A la publicité de la loi de 1867, l'article 3 de la loi de Finances du 30 janvier 1907 en ajoute une nouvelle qui vise particulièrement les sociétés par actions et qui dans l'esprit du législateur devait apporter à l'épargne une protection particulière. D'après cette loi toute personne procédant à une émission, exposition, mise en vente, introduction sur le marché d'actions, d'obligations ou titres quelconques de toute société, est tenue d'insérer dans un bulletin annexé au journal officiel une notice contenant diverses indications concernant le nom de la société, la législation applicable, l'objet, la durée de l'entreprise, le capital, le dernier bilan, s'il y en a, les obligations émises, les apports en nature et avantages particuliers. Ce texte de loi qui s'inspire d'un louable souci de protection de l'épargne, a pour but de renseigner spécialement le public sur la valeur véritable des titres qui lui sont proposés ; il est principalement dirigé contre les syndicats financiers. Mais l'expérience nous montre à chaque instant qu'il n'atteint pas son but et n'améliore pas sensiblement à ce point de vue la loi de 1867 avec laquelle il fait en grande partie double emploi ; en effet presque toutes les énonciations que doit contenir la notice peuvent se trouver facilement à l'aide de la publicité déjà prévue par la loi du 24 juillet 1867. En admettant donc que le capitaliste soit

décidé à consulter cette notice, il ne peut y trouver des renseignements qui lui permettent de se faire une opinion raisonnable sur la solidité et les chances de succès de l'entreprise dont il ignore les antécédents. Mais il est bien rare que le souscripteur se donne la peine de se procurer et d'étudier la notice ; il se tourne vers quelque chose de plus à sa portée, il lit les annonces, les prospectus, les journaux publiés par les syndicats financiers. Nous sommes ainsi en présence d'un nouvel aspect de la publicité, devant une publicité qui n'est plus imposée par la loi, qui n'est plus dans l'intérêt de l'épargne, mais uniquement dans celui des émetteurs de titres, des spéculateurs. On sait combien cette publicité est peu sincère ; muette sur ce qui pourrait renseigner exactement le public, elle s'applique surtout à mettre en relief, à exagérer la valeur de l'entreprise dont les actions sont jetées sur le marché ; elle est souvent mensongère et frauduleuse, attribuant à l'entreprise des qualités qu'elle n'a pas ou donnant sur elle de faux renseignements, faisant en un mot miroiter aux yeux du public l'espoir de bénéfices mirifiques, mais purement imaginaires.

Pour être complète et vraiment efficace une législation sur la publicité devrait donc obliger d'une part les émetteurs et introducteurs de titres à fournir sous leur responsabilité tous les renseignements de nature à mettre le public en mesure d'apprécier la solidité des valeurs qui lui sont offertes et de ne s'engager qu'en connaissance de cause, et d'autre part d'empêcher ou de réprimer sévèrement toutes les fraudes trop souvent pratiquées au moyen des prospectus et des journaux financiers. Espérons que le projet de protection générale de l'épargne dont le Parlement doit être saisi apportera dans ce domaine de la publicité une sérieuse amélioration ; souhaitons avant tout que

ce projet devienne bientôt une réalité et qu'il n'en soit pas cette fois comme après tant de procès financiers, qu'on ne se contente pas d'interpeller, de palabrer, de discuter pour finalement ne rien faire et laisser tout retomber dans l'oubli jusqu'à ce qu'éclate un nouveau scandale.

Mais notre loi de 1867, même modifiée et aggravée dans le sens que nous venons d'indiquer, ne s'applique en principe qu'aux sociétés ayant leur siège social en France. Il est cependant hors de doute que les mesures que l'on pourra prendre pour la protection de l'épargne ne seront pleinement efficaces que si elles s'appliquent également aux sociétés dont le siège social se trouve établi à l'étranger, dès qu'elles font appel au capital français. Il semble même que celui-ci doive être protégé tout particulièrement contre les sollicitations émanant de sociétés assez mal connues et dont le régime légal est parfois très différent de celui des entreprises constituées en France et soumises de ce fait à la loi française.

Quelles mesures y aurait-il lieu le prendre pour parer aux dangers que peut présenter pour l'épargne française l'activité des sociétés fondées à l'étranger ? A l'époque où sont apparues les premières sociétés par actions, le législateur avait laissé à celles-ci, pour se constituer, le libre choix du siège social. Si les sociétés fondées en France devaient se soumettre en tous points à la législation française, celles qui se constituaient à l'étranger restaient en dehors de notre législation et un simple décret global d'autorisation pris en application de la loi de 1857 suffisait pour permettre à ces dernières d'étendre leur activité sur le territoire français. Le législateur estimait sans doute, étant donné le petit nombre et le peu d'importance des sociétés en question, que l'épargne n'avait pas grand-

chose à redouter d'elles. La jurisprudence (48), soutenue en cela par la doctrine, admettait également le libre choix du siège social ; elle y apportait cependant ce correctif qu'il devait s'agir d'un siège réel et sérieux. Quand une société, dont les principaux éléments se trouvaient en France, qui aurait dû normalement se constituer en France, avait été se fonder à l'étranger exclusivement pour éviter les formalités et les vérifications imposées par la loi française du 24 juillet 1867, lorsque par exemple le capital n'avait pas été souscrit intégralement, le quart n'avait pas été versé, la vérification des apports n'avait pas été faite, les tribunaux estimaient que le siège social était nominatif et fictif, qu'il y avait fraude à la loi française (49) et que dans ces conditions la société devait être déclarée nulle. D'après cette théorie de la fraude, telle qu'elle était en général comprise, il n'était pas nécessaire que le siège social fût établi par exemple dans le pays où la société avait sa principale exploitation ou dans le pays dont elle avait tiré son capital ; ce siège pouvait se trouver dans n'importe quel pays pourvu qu'il ne fût pas nominal et fictif, mais qu'il comportât les éléments constitutifs d'un véritable siège social, pourvu qu'il fût vraiment le centre de la vie administrative de la société (50).

(48) Cass. Req. 22 déc. 1896. Dalloz périod. 1897-1-159. — Seine, Comm. 13 nov. 1901, Journ. des Soc. 1902-181. — Paris 25 avril 1913, Journ. des Soc. 1914, p. 456. — Voir en outre références données par GARN. La nationalité des sociétés. pp. 91-94.

(49) Pour plus de détails sur la théorie de la fraude, voir : CUG, pp. 68 et suiv. ; PÉRY, nos 35 à 37.

(50) Cf. Rouen 26 juillet 1912. Journal des sociétés, 1913, p. 264. Dans cet arrêt la fraude est reconnue à ce fait que « le siège social n'était que nominatif et fictif et que le siège social effectif et sérieux se trouvait à Paris et n'avait été,

Cette seule limitation au libre choix du siège social, dont se contente M. PERCEROU ⁽⁵¹⁾ est-elle suffisante ? Nous ne le pensons pas et cela pour plusieurs raisons. Tout d'abord, nous estimons qu'il ne faut pas dans les raisonnements perdre de vue le but des lois : la loi française de 1867 ne semble-t-elle pas faite avant tout pour les sociétés fonctionnant en France, pour celles qui ont dans notre pays le centre de leur exploitation ? Cette loi a un caractère d'ordre public devant lequel doit plier la règle de l'autonomie de la volonté généralement admise en matière de contrats. D'un autre côté la théorie de la fraude que la jurisprudence n'applique qu'en cas « d'inobservation de la loi compétente, avec conscience de cette inobservation » ⁽⁵²⁾, nous paraît surtout atteindre les Français et faire aux étrangers une situation privilégiée. Prenons en effet deux exemples concrets : une société composée

pour la forme fixé par les statuts à Londres que pour permettre aux fondateurs de se soustraire à l'application des règles d'ordre public édictées par la loi française.» — Cet arrêt reproduit à peu près les termes de l'arrêt de la Cour de Cassation du 22 décembre 1896, cité supra.

(51) PERCEROU. — Essai sur la nationalité des sociétés. *Annales de droit comm.* 1926, 7.

Dans cet article M. PERCEROU condamne en fait l'attribution d'une nationalité aux sociétés. De la question des sociétés, il dit qu'elle est appelée « assez improprement question de la nationalité des sociétés. » Il divise la question, appliquant à certains problèmes la solution du contrôle et ne conservant le système du siège social que pour la détermination de la loi applicable à la constitution et au fonctionnement de la société. Cependant il estime que « ce siège social doit être choisi librement par les fondateurs, pourvu que leur choix ne soit pas inspiré par une idée de fraude, que ce siège social soit donc sérieux et réel. »

(52) CUG. — *Nationalité des sociétés*, p. 71.

ARMINJON. — De la nationalité des personnes morales. *Revue de droit intern. privé*, 1902, p. 411.

Cass. Crim. 4 août 1906. — Le droit, 10 septembre 1906. « La constatation de la fraude s'appuie sur des faits et intentions de fraude. »

d'associés français, ayant en France son exploitation et certains organes de direction, établit son siège social à l'étranger ; les tribunaux français déclareront cette société nulle, parce qu'il leur sera facile d'établir la fraude et l'intention de fraude chez les fondateurs. Supposons maintenant une société dont le capital est anglais, mais dont l'exploitation se trouve en France ; cette société établit son siège social en Angleterre et se constitue d'après la loi de ce pays ; il sera difficile aux tribunaux français de déclarer que le siège de cette société n'est ni réel ni sérieux et surtout d'établir chez les fondateurs l'intention de fraude. En admettant même que nos tribunaux prononcent la nullité d'une semblable société, il faudra s'attendre à ce que cette jurisprudence soit difficilement admise par les tribunaux du pays où se trouvera le siège social de la société (53). Ainsi la théorie de la fraude se retourne contre les Français et avantage les étrangers.

Nous savons en outre que la loi de 1867 a été faite dans un but de protection de l'épargne française et que ce souci de protection s'impose aujourd'hui plus que jamais.

Il y aurait donc lieu, croyons-nous, de contraindre à fixer en France leur siège social.

(53) On peut objecter que la société en question pourrait être atteinte d'une autre façon : Ayant son siège social à l'étranger et étant ainsi considérée comme étrangère, cette société, est soumise à la formalité de la reconnaissance sans laquelle elle ne peut fonctionner en France. Mais nous savons que le décret de reconnaissance est collectif et s'applique à toutes les sociétés d'un pays ; cette arme n'est donc que d'une efficacité bien restreinte. — Dans une section précédente nous avons d'ailleurs fait le procès de l'idée de reconnaissance, telle qu'elle est actuellement comprise.

1° les sociétés dont le capital aurait été en majorité souscrit dans notre pays ;

2° les sociétés ayant en France le centre de leur exploitation.

Une solution semblable, ne manquera-t-on pas de nous objecter, sera difficilement réalisable aussi bien quand le capital d'une société aura été souscrit dans plusieurs pays, que si la société possède plusieurs exploitations dans divers pays. M. THALLER a déjà répondu à l'objection au moins en ce qui concerne le premier cas ; « on pourrait, dit-il, rédiger autant d'actes de sociétés, découper le capital en autant de séries qu'il y a de pays où il est fait appel aux capitaux... Il y aurait pour chaque pays intéressé une forme spéciale de titres, une organisation administrative distincte, avec conseil d'administration et assemblées générales » (54). Ce que propose en somme M. THALLER, c'est la création d'autant de sièges sociaux qu'il y aurait de pays souscripteurs. La même solution pourrait être adoptée dans le cas d'une société ayant des exploitations dans plusieurs pays. N'est-ce pas d'ailleurs le système auquel recourent déjà aujourd'hui certaines sociétés étrangères, surtout les banques qui

(54) THALLER. — Annales de droit commercial, 1890, p. 257, et THALLER : Traité élémentaire de droit commercial, 1925, p. 511 en note.

« On pourrait songer à faire état du pays où aurait été souscrit le capital ou au moins la majeure partie du capital, non afin de constituer ce pays générateur de la nationalité des sociétés, mais afin d'imposer que l'établissement du siège social, vrai critérium à suivre, se fasse dans le même Etat que celui où ont eu lieu les souscriptions. Bref la loi qui gouverne la société est bien celle de son siège administratif. Mais le choix du pays où fonctionne ce siège ne devrait pas être libre. Le fait d'avoir recueilli les souscriptions dans un pays imposerait l'obligation d'y établir également l'administration de la société, et de se conformer à la loi en vigueur. »

constituent sous forme de sociétés françaises les établissements qu'elles ouvrent en France (55) ? N'est-ce pas en outre le régime que nos lois du 17 mars 1905 et du 19 décembre 1907 sur les sociétés d'assurances sur la vie et de capitalisation imposent en quelque sorte aux sociétés étrangères similaires ? On sait en effet que celles-ci sont tenues d'avoir un siège spécial et une comptabilité particulière pour les contrats souscrits et exécutés en France et en Algérie et qu'elles doivent affecter une partie de leur actif à l'exécution de ces contrats. Il suffirait de généraliser ce système et par le fait même serait réglée la question des filiales. On ne devrait en effet pas permettre aux filiales que des sociétés, ayant leur siège social à l'étranger, établissent en France, d'avoir le même siège que la maison principale. Ces filiales devraient être tenues d'avoir en France un siège social propre. Nous faisons ici une distinction entre les filiales et les succursales. Il existe de nombreuses décisions de jurisprudence relatives à ces établissements secondaires de sociétés, mais jamais les juges n'ont défini ni la filiale, ni la succursale ; ils paraissent même avoir souvent confondu l'une et l'autre et employé indifféremment le terme de succursale pour celui de filiale ou inversement. Les deux termes ne doivent pas, à notre avis, être confondus, car ils ne correspondent pas à des situations identiques. Quand une société ayant à l'étranger son siège social ainsi que son exploitation veut faire en France des opérations secondaires comme des ventes et des achats, elle établit dans notre pays un organisme, une sorte de

(55) LEVEN. — De la nationalité des sociétés, 1926, p. 100, note 1 in fine.

comptoir ou agence, auquel nous réservons la qualification de succursale ; mais si cette société fait un pas de plus et qu'elle y pratique des opérations d'exploitation, qu'elle y crée en un mot un organisme qui soit une véritable entreprise ne se distinguant des autres sociétés que par sa dépendance de la société-mère qui a fourni au nouvel organisme soit le capital ou le personnel de direction, nous nous trouvons en présence d'une filiale. La filiale ainsi définie ne devrait pas être autorisée à conserver le même siège social que la maison-mère et à échapper ainsi aux dispositions des lois françaises et en particulier de la loi de 1867 et des lois fiscales. Il y aurait lieu d'imposer à la filiale des statuts, une gestion et un centre administratif propres, bref de la contraindre à avoir un siège social distinct de celui de la maison-mère. N'a-t-on pas suivi jadis pour les filiales, les règles de constitution de la loi de 1867 (56) ?

Pour toutes les sociétés que nous venons de déterminer, la fixation du siège social en France serait donc une obligation, obligation justifiée par l'ordre public ; ces sociétés seraient ainsi soumises à la loi française pour leur constitution, leur fonctionnement et leur dissolution. De cette façon les intérêts des souscripteurs français et des tiers français seraient

(56) Cf. Cug, op. cit., p. 28, qui écrit au sujet des filiales :

« Qu'est-ce donc qu'une filiale ? La définition n'en a jamais été donnée. On la confond très souvent avec la succursale. Nombreuses sont notamment les décisions judiciaires qui unissent les deux termes et parlent de la « succursale ou filiale » d'une société. Entre les deux la différence est grande : la succursale n'est qu'un organe détaché d'une société dont elle porte le nom et avec laquelle elle ne fait qu'un juridiquement et économiquement parlant. La filiale au contraire est une société, une personne morale indépendante, pour laquelle on a, à l'origine, suivi toutes les règles de constitution de la loi de 1867. »

sauvegardés dans la plus large mesure possible. Par ailleurs, comme dans notre système le fait de soumettre les sociétés à la loi française ne sera plus attributif de nationalité, nous ne rencontrerons pas les difficultés qui découlaient de l'application excessive de l'ancienne théorie du siège social, et nous ne verrions pas d'inconvénient à ce que d'autres sociétés que celles que nous avons définies précédemment établissent leur siège social en France et se soumettent ainsi à notre loi pour leur constitution et leur fonctionnement. A titre d'exemple susceptible d'être suivi, nous signalons le cas de la Compagnie du Canal de Suez (57) qui s'est constituée d'après les prescriptions de la loi française du 24 juillet 1867 et dont le siège social est en quelque sorte dédoublé : la société a son conseil d'administration en France où elle tient ses assemblées générales ; elle n'a en Egypte, à Alexandrie, qu'un simple bureau.

Si l'importante limitation au libre choix du siège social que nous proposons devait avoir de trop graves inconvénients et rencontrer des difficultés pratiques

(57) Un arrêt très récent de la Cour d'Alexandrie (4 juin 1925. Gaz. Pal. 28 juillet 1925), vient de préciser à nouveau la situation de la Compagnie de Suez ; nous lisons dans cet arrêt : « Il résulte de l'ensemble des dispositions régissant la Compagnie universelle du canal maritime de Suez que, si ladite compagnie a été autorisée à fixer son domicile administratif à Paris pour pouvoir mieux réunir les capitaux dont elle avait besoin et y concentrer les organes de sa direction, il n'en est pas moins certain que juridiquement elle est une société égyptienne soumise aux lois du pays et si, pour se constituer, il lui a été permis d'emprunter la forme d'une société anonyme de France et d'être régie par les lois qui y régissent ces sociétés, cela n'enlève rien à sa personnalité égyptienne et ne la soumet en aucune façon à la loi française en tant qu'émanation de la souveraineté française, les principes du droit français, dont elle a été exceptionnellement autorisée à se prévaloir, devant être en l'occurrence, considérés comme faisant conventionnellement partie du droit égyptien. »

insurmontables, on pourrait songer à ne soumettre les sociétés dites étrangères qu'à une partie seulement des dispositions de notre loi sur les sociétés, à celles concernant l'émission des actions et la réglementation de la publicité. Ces prescriptions devraient s'appliquer indistinctement à toutes les sociétés, ayant ou non leur siège social en France, dès qu'elles font appel à l'épargne française. Faisons remarquer qu'une telle solution avait déjà été préconisée par le Congrès International des sociétés par actions de 1889 ainsi que par l'Institut de droit international ; ceux-ci estimaient à l'époque qu'il y aurait lieu de soumettre à la loi locale les émissions et négociations d'actions (58). La résolution du Congrès des sociétés est ainsi conçue : « Les règles sur l'émission d'actions ou d'obligations doivent s'appliquer dans un pays, quelle que soit la nationalité de la société qui fait appel au public ». Voici maintenant les termes de celle adoptée par l'Institut de droit international : « Les conditions légales d'émission, soit de négociation d'actions ou d'obligations de sociétés étrangères, sont celles qu'exige la loi du pays dans lequel ces émissions ou négociations ont lieu ». Le placement des titres par le mécanisme actuel des syndicats financiers présente les mêmes dangers pour l'épargne, qu'il s'agisse de valeurs émises par des sociétés constituées en France ou par des entreprises fondées à l'étranger et l'ordre public est intéressé dans une mesure égale, l'intervention de l'Etat est aussi légitime, s'impose avec autant de force dans l'un et dans l'autre cas. Il n'est plus possible de rétablir la situation absolument privilégiée dont jouissaient avant la guerre, au point de

(58) LEVEN. — De la nationalité des sociétés, p. 286.

vue de l'émission de leurs valeurs en France, les sociétés dites étrangères, c'est-à-dire celles n'ayant pas dans le pays leur siège social. Jusqu'en 1916 ces sociétés pouvaient non seulement négocier mais même émettre leurs actions en France sur le marché libre à la seule condition que l'émission ou la négociation se fissent conformément à la loi d'origine de ces sociétés. Il n'était même pas nécessaire que ces dernières eussent fait l'objet d'un des actes de reconnaissance prévus par la loi du 30 mai 1857 (59). Autrement dit le législateur français se désintéressait complètement de la question, la loi étrangère étant seule compétente. Dans ces conditions il n'est pas étonnant qu'un grand nombre de valeurs véreuses se soient dirigées sur le marché français où l'on pouvait accéder en toute liberté. Nous devons cependant ajouter que le législateur, s'il n'exerçait aucun contrôle véritable sur l'émission de ces valeurs, organisait à cet égard une certaine publicité : l'article 3 de la loi de Finances du 30 janvier 1907 s'appliquait aussi bien aux sociétés étrangères qu'aux sociétés françaises ; mais nous avons vu combien cette publicité était insuffisante et peu efficace. La liberté de l'émission n'était restreinte qu'à dans le cas où les émetteurs étrangers sollicitaient l'admission de leurs titres à la cote officielle de la Bourse française. Présentant pour les sociétés divers avantages, leur ouvrant en particulier un marché plus vaste, constituant en elle-même une indication d'honorabilité, l'admission à la cote devait, comme contrepartie, être soumise à certaines formalités ; elle était prononcée, après production de certains documents,

(59) THALLER et PERCEROU. — Traité élémentaire de droit commercial, 1925, n° 779.

par la Chambre syndicale des agents de change, sous réserve d'opposition par le ministre des Finances. La guerre a modifié provisoirement la situation ; depuis le vote de la loi du 31 mai 1916, toute émission ou introduction sur le marché français de valeurs étrangères est interdite ; il ne peut être dérogé à cette disposition que par une décision spéciale du ministre des Finances. Encore en vigueur à l'heure actuelle, cette interdiction peut à tout moment être levée par un simple décret. Ce serait alors le retour au régime d'avant-guerre. Une telle solution n'est pas admissible ; le régime des valeurs mobilières d'origine étrangère ne peut être différent de celui qui est ou sera appliqué aux sociétés établies en France. Pour des motifs impérieux de protection de l'épargne, pour des raisons d'ordre public, l'émission des actions en France, le premier appel au marché public doit être réglé de façon uniforme, sans qu'il soit tenu compte de l'origine de la société émettrice

SECTION IV

La responsabilité des fondateurs et des administrateurs.

Cette question est également une de celles qui ont soulevé certaines difficultés dans le passé. En effet il ne faut pas oublier que, si les droits et les obligations des fondateurs, des gérants ou des administrateurs

d'une société doivent être en principe réglés par les statuts de celle-ci et la loi du lieu de constitution, l'activité de cette société sort souvent de son cadre local et franchit les frontières de son pays d'origine. Il y a lieu d'examiner si dans ce cas la loi qui a présidé à la formation de la société ne doit pas, à l'égard des fondateurs et des administrateurs, être écartée pour faire place à la loi du pays où se manifeste l'activité de la société. « Dans la gestion de la société, dit M. PILLET, il faut séparer avec soin ce qui concerne les rapports respectifs des divers organes de cette société entre eux et leurs rapports avec les tiers. Lorsqu'il s'agit de leurs rapports entre eux, le principe de détermination se trouve soit dans les conventions contenues au pacte social, soit également dans la loi sous l'influence de laquelle la société est née. Les rapports avec les tiers au contraire obligent à faire une place importante à l'application de la loi du lieu où ces rapports se sont noués » ⁽⁶⁰⁾. Si dans les rapports avec les tiers, les pouvoirs et la responsabilité des fondateurs et des administrateurs doivent ainsi être examinés plutôt en fonction de la loi du lieu où les rapports se sont noués, c'est qu'en cette matière on se trouve de nouveau en présence de dispositions de crédit public, de principes d'ordre public.

On sait que d'après la loi française la responsabilité des fondateurs et administrateurs est double, civile et pénale. Cette responsabilité peut être sérieusement engagée dès la constitution de la société et tout particulièrement au moment de l'émission des actions. Par leur négligence, leurs fautes et surtout par des ma-

(60) PILLET. — Traité pratique de droit international privé, t. II, n° 747.

nœuvres frauduleuses, par une publicité mensongère, les fondateurs et les premiers administrateurs peuvent léser gravement les intérêts des souscripteurs et commettre en même temps des actes passibles de la loi pénale du pays sur le territoire duquel se fait la souscription. En matière civile la responsabilité des fondateurs et des administrateurs est basée d'une façon générale sur l'article 1382 du Code Civil et prévue spécialement par la loi du 24 juillet 1867 (art. 8 et 42) ainsi que par la loi du 1^{er} août 1893 (art. 3 et 5). La responsabilité de la loi française doit-elle être appliquée à toutes les sociétés procédant à une émission en France, qu'elles aient ou non dans le pays leur siège social ? A cet égard il ne semble pas exister de jurisprudence très arrêtée. En général nos tribunaux appliquaient cette responsabilité aux sociétés ayant leur siège à l'étranger, en cas de fraude seulement, lorsque ces sociétés ne s'étaient constituées à l'étranger que pour échapper à la loi française et ils maintenaient l'autorité de la loi étrangère, quand cette fraude n'avait pas pu être relevée (61). Cette jurisprudence nous semble critiquable ; dès que les faits dommageables se produisent sur le territoire français, lèsent des intérêts français, ils portent atteinte au crédit public et doivent relever de la loi française. La responsabilité générale de l'article 1382 du Code Civil repose sur des considérations d'équité et de morale élémentaires ; sa mise en jeu s'impose en toutes circonstances et pour tous les actes commis sur le territoire français ; cette responsabilité est incontestablement d'ordre public (62). C'est ce qu'ont compris cer-

(61) PILLET. — Traité pratique de droit international privé, t. II, n° 752.

(62) Cf. LAGARDE. — L'émission des titres en France, n° 266.

taines législations étrangères qui ont posé des règles de responsabilité spéciales à la gestion des sociétés étrangères sur leur territoire, règles dont l'esprit est d'étendre à ces sociétés les principes de la législation interne (63) En matière pénale, la responsabilité des fondateurs et administrateurs des sociétés est établie en France tout d'abord sur l'article 405 du Code pénal qui réprime l'escroquerie : les tribunaux considèrent qu'il y a escroquerie quand les fondateurs ont usé de manœuvres frauduleuses, c'est-à-dire ont eu recours à une mise en scène trompeuse pour attirer des souscriptions. La responsabilité pénale est fondée en outre sur la loi du 24 juillet 1867 qui, dans ses articles 15 et 45, met sur le même rang que l'escroquerie le fait, par simulation de souscriptions ou de versements qui n'existent pas, d'en avoir obtenu ou tenté d'obtenir d'autres, le fait en outre de publier faussement dans le même but, comme attachées à la société, des personnes déterminées. La mise en scène propre à l'escroquerie apparaît dans ces étalages de souscriptions fictives ou de noms fictifs. La loi frappe en outre des peines de l'article 405 la publication de tous faits faux pour se procurer des souscriptions ou des versements. Le cadre de l'escroquerie est ainsi dépassé. Il n'est plus besoin de manœuvres proprement dites pour faire intervenir la répression. Une simple déclaration inexacte suffit. Cela concerne surtout l'hypothèse où les fondateurs ou autres introducteurs de titres sur le marché auraient émis de mauvaise foi des allégations contraires à la vérité sur les précédents de l'affaire, sur les études ou enquêtes faites, sur le rendement économique de l'exploitation se trouvant à la base de

(63) PILLET, *op. cit.*, n° 752, p. 830.

la société, alors qu'elles n'ont pas encore étaient traitées ou ne l'ont été qu'avec des compères (64). L'action répressive est ainsi considérablement élargie. En matière pénale comme en matière civile, les tribunaux sont donc suffisamment armés pour atteindre les fondateurs et administrateurs qui se rendent coupables de manœuvres illicites. Malheureusement l'action des juges est trop souvent arrêtée ou entravée par des interventions politiques qui font que les auteurs de scandales financiers restent fréquemment impunis.

L'application des textes sur la responsabilité pénale ne peut évidemment rester limitée aux seules sociétés domiciliées en France ; dès lors que les infractions sanctionnées par ces textes sont commises en France, ceux-ci doivent être appliqués, qu'il s'agisse ou non de sociétés ayant leur siège social dans le pays. La loi pénale française est seule compétente, d'abord en raison de son caractère éminemment territorial, mais aussi et surtout parce que les manœuvres frauduleuses que tendent à réprimer l'article 405 du Code pénal et les articles 15 et 45 de la loi de 1867 sont autant, sinon plus dommageables pour l'épargne, constituent une atteinte aussi grave au crédit public, étant le fait de collectivités d'origine étrangères qu'émanant de sociétés établies à demeure en France ; il n'est donc pas possible de distinguer entre les deux catégories de sociétés. C'est d'ailleurs dans ce sens que la jurisprudence française, après quelques hésitations s'est définitivement prononcée. Par un arrêt du 8 août 1873 qui a fixé la jurisprudence postérieure, la Cour de Cassation a décidé que l'article 15 de la

(64) THALLER (et PERCEROU). — Traité élémentaire de droit commercial, 1925, p. 377.

loi de 1867 était applicable aux publications concernant des sociétés étrangères, comme loi de police et de sûreté obligeant tous ceux qui se trouvent sur le territoire (65). Le législateur lui-même s'est engagé dans cette voie en appliquant l'article 3 de la loi de 1907 sur la publicité des émissions aussi bien aux sociétés étrangères qu'aux sociétés nationales ; cet article dispose que la notice de renseignements prévue par la loi devra être signée par un représentant responsable de la société ; par voie de conséquence, les fondateurs ou leur intermédiaire tomberont sous le coup des pénalités de la loi française quand la notice contiendra des assertions mensongères. C'est à la lumière du même principe que devra être examinée la responsabilité des gérants et des administrateurs pendant toute la durée de la société. Cette responsabilité, tant civile que pénale, sera commandée en général par les statuts et la loi d'origine de la société, mais elle relèvera de la loi locale dans la mesure où l'activité des administrateurs intéressera le crédit public et l'épargne du pays sur le territoire duquel elle se manifestera.

On nous objectera que les garanties que peuvent présenter les textes que nous venons d'examiner seront souvent formelles et illusoires, que l'application de la loi française restera fréquemment en suspens, les responsables faisant défaut et demeurant insaisissables au delà de la frontière, quand on sera en présence d'une société dont le siège et partant les fondateurs et les administrateurs se trouveront à l'étranger. S'il devait en être ainsi, ce serait une raison de plus en

(65) Cass. crim. 8 août 1873, *Clunet* 175-22. — *Contra* Paris, 3 juin 1872, *Clunet* 1874-128.

faveur d'une limitation au libre choix du siège social, en faveur du système imposant la fixation de son siège en France à toute société qui ferait appel à l'épargne française. Mais même sans recourir à cette solution, il serait possible, croyons-nous, d'atteindre la société non établie en France. Pour procéder à une émission de ses titres dans notre pays, cette société a besoin de représentants, d'intermédiaires banquiers groupés ou non en syndicat et domiciliés dans le pays. Il sera assez facile, par le moyen des cautions ou autrement, d'atteindre ceux-ci à défaut de leurs mandants ; ce que le législateur a pu réaliser avec succès en matière fiscale doit être possible dans d'autres domaines.

SECTION V

La dissolution des sociétés et la faillite.

La dissolution des sociétés ne présente pas en général de bien grandes difficultés. C'est en principe la loi du pays d'origine qui est appliquée, les tribunaux de ce même pays étant généralement compétents, dans les cas où la dissolution est prononcée par la justice. Les tribunaux français se refusent à prononcer la dissolution d'une société régulièrement constituée à

l'étranger (66). M. PILLET critique sur ce point notre jurisprudence : « Notons, dit-il, contrairement à certains documents de jurisprudence, qu'on ne doit pas hésiter à dire que les tribunaux français peuvent dans certains cas, prononcer la dissolution de sociétés étrangères. Lorsqu'il apparaît, en effet, que des sociétés étrangères sont nulles, pour n'avoir pas suivi, au moment de leur constitution, les règles légales qui leur étaient applicables, nos tribunaux, ayant reconnu ces causes de nullité, doivent en tirer les conséquences, en annulant les sociétés étrangères, car il n'y a aucun principe de droit qui permette d'affirmer que la nullité d'une société ne peut être prononcée que par la juridiction du pays de sa constitution » (67). Cette opinion de M. PILLET ne semble pas avoir trouvé de nombreux partisans ; on ne voit pas très bien en effet pour quel motif légitime — et M. PILLET ne nous le dit pas — la loi qui a présidé à la naissance du contrat de société devrait être écartée quand il s'agit d'en régler l'extinction. On pourra au nom de l'ordre public considérer comme inexistante en France une société constituée irrégulièrement à l'étranger ou faire obstacle à son activité sur le territoire français quand elle voudra y poursuivre un but illicite ; mais il ne paraît pas possible d'aller jusqu'à l'annulation de la société.

Il est cependant un mode important de dissolution des sociétés, la faillite qui, en raison même de son caractère spécial, doit être soumis, semble-t-il, à un

(66) Cf. Grenoble, 20 novembre 1908, *Moniteur judiciaire*, Lyon 23 janvier 1909 : « Il n'appartient pas aux tribunaux français de prononcer la nullité d'une société étrangère, régulièrement constituée d'après sa loi nationale. » — *Idem*, Pau 20 février 1870, *Sirey*, 2-139.

(67) PILLET. — *Traité pratique de droit international privé*, 1924, t. II, n° 753.

régime s'écartant de la loi du lieu de fondation. Autant et plus même que les individus commerçants, les sociétés ont des établissements, des comptoirs, font des opérations dans plusieurs lieux et dans des pays différents ; leur biens mobiliers et immobiliers, les divers éléments de leur patrimoine sont ainsi fort dispersés et la question se pose de savoir d'après quelle loi se fera la liquidation de ces biens après faillite ; on sait par ailleurs que la faillite est déclarée par un jugement. Quel tribunal aura compétence pour rendre ce jugement ? Qu'il s'agisse de la faillite d'un individu ou de celle d'une société, la doctrine n'est pas d'accord sur la question. A l'heure actuelle deux grands systèmes sont en présence en France : celui de l'unité de la faillite et celui de la pluralité. Les partisans du premier système sont d'avis que seul le tribunal du principal établissement est compétent pour rendre le jugement déclaratif de faillite et que la faillite prononcée par lui a un effet général, qu'elle rayonne dans tous les pays où le failli possède des intérêts ou a contracté des dettes. Elle comprendra dans son règlement tous les biens, meubles et immeubles, en quelque pays qu'ils soient situés. Toutes les opérations seront concentrées en un lieu unique, une seule loi, celle du domicile du failli sera applicable ; elle aura une compétence universelle. Tous les pouvoirs seront réunis entre les mains d'un seul syndic qui, sous réserve d'un jugement d'exequatur, sera admis à procéder à des actes d'exécution sur le territoire d'autres Etats (68). En face de ce premier système s'en dresse un autre qui considère la faillite comme éminemment

(68) WEISS. — Manuel de droit international privé, p. 677. — SURVILLE et ARTHUYS, Cours de droit international privé, pp. 751 et suiv.

territoriale, comme une dépendance du statut réel, pour employer l'expression de nos anciens auteurs. La faillite, dit-on, n'est pas autre chose qu'une saisie collective, un mode de réalisation des biens d'un débiteur commerçant insolvable. Cette réalisation ne peut avoir lieu que grâce au concours donné par l'autorité publique et avec l'aide, s'il le faut, de la force publique. L'Etat intervient ici directement et on ne comprendait pas que cette intervention pût émaner d'un Etat autre que l'Etat territorial. Etant une mesure d'exécution, la faillite ne peut être prononcée et réglée que par les autorités territoriales. On sait par ailleurs que la déconfiture, qui est au non-commerçant ce que la faillite est au commerçant, est soumise incontestablement à la loi territoriale ; or, ces deux procédures, différant simplement entre elles en raison de la qualité de l'individu sur les biens duquel elle porte, répondent au même but : mettre le patrimoine d'un débiteur sous la main de ses créanciers. Etant de même nature, correspondant aux mêmes besoins, on ne voit pas pour quelles raisons elles pourraient avoir une nature internationale différente. La faillite, comme la déconfiture, doit être soumise à la loi territoriale. Il y aura donc non pas une faillite, mais des faillites multiples, et chacune sera réglée suivant la loi territoriale, quant à ses conditions d'ouverture et à la procédure qui doit être suivie (69). Constatons que même pour les individus, les personnes physiques, la doctrine, quelle que soit la théorie suivie, ne fait pas du problème de la faillite une question de nationalité ; dans le système de la pluralité, cet élément même est écarté. « On a

(69) THALLER. — Faillite en droit comparé, t. II, pp. 343 et s.

PILLET. — Traité pratique de droit international privé, t. II, n° 773.

essayé, dit M. PILLET, de soumettre le droit de la faillite à la loi nationale du failli. C'était une solution simple de la difficulté, mais elle n'a eu aucun succès ; il est trop évident, en effet, qu'une procédure de faillite n'intéresse en rien le souverain national du failli et que, par conséquent, dans les conflits qui s'élèvent, c'est faire erreur que de vouloir rattacher à cette nationalité l'application des lois sur la faillite » (70). Le principe de la pluralité des faillites paraît triompher aujourd'hui dans de nombreux pays notamment en Allemagne, aux Etats-Unis, aux Pays-Bas, en République Argentine, au Pérou. La jurisprudence française adopte un système mixte, se rapprochant assez du système de la pluralité. Elle reconnaît aux créanciers français le droit de s'adresser aux tribunaux de leur pays pour leur demander l'ouverture de la faillite d'un débiteur domicilié à l'étranger, et cela en se basant sur l'article 14 du Code Civil qui reconnaît à tout créancier français le droit de poursuivre en France son débiteur étranger (71). Par ailleurs elle fait une concession au système de l'unité, en admettant dans certains cas, sous réserve d'un jugement d'exequatur, l'exécution en France de faillites prononcées à l'étranger (72). La méthode suivie par la jurisprudence française est donc plus empirique que juridique. A quel principe se rallier ? Si le système de l'unité a l'avantage de la simplicité, s'il évite les complications et la multiplicité des opérations qui

(70) PILLET. — Traité pratique de droit international privé, t. II, n° 771.

(71) Paris, 17 juillet 1877. Dalloz, supplément, v° faillite, n° 1514. — Rouen, 1^{er} avril 1881, D. pér. 1882-2-92. — Cassation, 5 juillet 1897, D. pér. 1897-1-524.

(72) Voir THALLER et PERCEROU. — Traité élémentaire de droit commercial 1925, n° 1717.

s'attachent forcément au système de la pluralité, ce dernier est par contre beaucoup plus favorable au créancier. Dans le système de la territorialité, le créancier n'a pas besoin de s'adresser à un pouvoir étranger pour obtenir la satisfaction qui lui est due ; il trouve sa protection dans le pouvoir local, dans la loi de son pays qui lui offre d'autres garanties que la loi étrangère. Et nous ne sommes pas loin d'admettre qu'indépendamment des raisons juridiques qui militent en sa faveur, ce système devrait être adopté pour des motifs d'ordre public.

SECTION VI

Le régime fiscal applicable aux sociétés.

Nous n'avons pas l'intention de faire ici un exposé détaillé du régime fiscal français dans son application aux sociétés (73). Ce serait sortir du cadre de ce travail. Nous n'examinerons la question que dans la mesure où elle touche aux problèmes que nous étudions ; nous

(73) Consulter à cet égard : LEVEN. De la nationalité des sociétés 1926, pp. 331-396. — WAHL. Traité du régime fiscal et des valeurs mobilières. — Gustave GEORGE. Les valeurs mobilières françaises devant l'impôt, *Revue politique et parlementaire*, numéro du 10 avril 1928, pp. 67 et suiv. ; Les valeurs mobilières étrangères devant l'impôt, même revue, numéro du 10 juin 1928, pp. 386 et suiv.

nous bornerons à indiquer le régime auquel, selon nous, les sociétés doivent être soumises.

Les lois fiscales françaises frappent les sociétés à des titres divers. Elles les soumettent à l'impôt foncier pour les immeubles que celles-ci possèdent en France, à la taxe dite des biens de mainmorte, taxe établie par la loi du 20 février 1849, pour remplacer les droits de mutation entre vifs et par décès, à la patente (maintenue seulement au bénéfice des départements et des communes), à l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux, à l'impôt sur le chiffre d'affaires, enfin au droit de timbre, au droit de transmission et à l'impôt sur le revenu, ces trois derniers impôts frappant les titres émis par les sociétés.

Quelles sont les sociétés soumises à ces impôts ? Nos lois distinguent à cet égard des sociétés françaises et des sociétés étrangères, le critérium de distinction étant le lieu du siège social. Pas plus sur ce terrain que dans d'autres domaines le problème n'est une question de nationalité. Ici encore nous sommes en présence d'une question de conflit de lois ⁽⁷⁴⁾. Est-ce que nos lois fiscales font pour les individus une distinction entre nationaux et étrangers ? non ; on voit donc difficilement la raison pour laquelle on procéderait d'une façon différente pour les sociétés. En distinguant, pour la soumission à l'impôt, des sociétés françaises et des sociétés étrangères, le législateur

(74) Cf. PILLET et NIBOYET. — Manuel de droit international privé, 1924, p. 17.

« Il n'est peut-être pas de question qui soit, à l'heure actuelle, plus à l'ordre du jour que celle du conflit des lois fiscales, avec le danger soit des doubles impositions perçues dans divers pays, surtout en matière successorale, soit aussi de l'absence de toute imposition au profit des porteurs de valeurs mobilières qui échappent aux impôts. »

français n'a fait qu'utiliser la terminologie en vigueur ; en fait il entendait simplement faire une discrimination entre sociétés ayant leur siège social en France et sociétés ayant ce siège à l'étranger. Les lois fiscales sont des lois incontestablement territoriales ; elles doivent frapper sans distinction toutes les sociétés ; elles doivent frapper aussi bien les titres que celles-ci font circuler en France, les opérations qu'elles y pratiquent, les affaires qu'elles y traitent, que les immeubles qu'elles y possèdent. Aussi le législateur français s'est-il efforcé, par des lois successives, d'assujettir les sociétés étrangères, dès que leur activité se manifeste en France sous une forme quelconque, à des droits fiscaux au moins équivalents à ceux que supportent les sociétés françaises. Ceci est depuis assez longtemps chose faite pour l'impôt foncier, la taxe des biens de mainmorte, la patente, l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux, l'impôt sur le chiffre d'affaires qui frappent indistinctement toutes les sociétés, dans la mesure où elles possèdent des immeubles en France et y poursuivent des opérations. L'assimilation a été plus difficile à réaliser en ce qui concerne le droit de timbre, le droit de transmission et l'impôt sur le revenu, ces taxes frappant non plus la collectivité, mais les titres émis par elle, et ces derniers échappant souvent à l'action du fisc, en raison de leur mobilité et aussi de l'absence pour l'administration de moyens de contrôle et d'investigation. Pour la perception de ces trois impôts, le législateur répartissait jusqu'à une date très récente les valeurs mobilières étrangères en deux catégories : il distinguait les valeurs soumises à l'abonnement et celles qui ne l'étaient pas. Les valeurs abonnées étaient celles émises par les sociétés étrangères qui avaient constitué en France un représentant responsable et

qui acquittaient l'impôt sur une quotité fixée tous les trois ans par le ministre des Finances. Entre ces valeurs et les valeurs françaises il n'existait qu'une seule différence et cela concernant le droit de transmission : alors que pour les valeurs françaises ce droit variait suivant la nature des titres (titres au porteur, titres à ordre, titres nominatifs, ces derniers étant moins imposés que les autres), il était au contraire identique pour toutes les valeurs étrangères, quelle que fût la forme des titres. Et si de ce fait, le législateur imposait aux sociétés étrangères, touchant les titres nominatifs, un régime autre et moins avantageux que celui qu'il réservait aux sociétés françaises, c'était pour des raisons qui n'avaient rien de commun avec l'idée de nationalité, c'était tout simplement parce que l'administration française ne disposait pas, à l'encontre des sociétés étrangères, des moyens d'investigation nécessaires pour établir l'assiette de l'impôt de la même façon que pour les sociétés françaises ; c'était parce que les sociétés étrangères, ayant en dehors du territoire français leur siège social avec leur comptabilité, échappaient à tout contrôle de notre administration de l'enregistrement. Il y a lieu d'ailleurs de noter que notre législation s'orientait de plus en plus vers l'uniformisation complète : la loi de Finances du 27 décembre 1927 contient plusieurs articles, en particulier l'article 18, tendant à l'assimilation aux titres nominatifs français, au point de vue du droit sur les transferts et conversions, de certaines valeurs étrangères abonnées ; l'assimilation était accordée aux sociétés étrangères qui prendraient des dispositions pour rendre possible le contrôle de l'Enregistrement ⁽⁷⁵⁾. En compensation des charges fiscales

(75) Clunet 1928-355.

qui leur étaient ainsi imposées, les valeurs abonnées étaient admises en France à toutes opérations d'ensemble : mise en souscription, cotation en Bourse, exposition en vente, négociation, service des coupons. Les valeurs étrangères non abonnées ne pouvaient par contre faire l'objet que d'opérations isolées, non publiques ; elles n'avaient ainsi qu'une circulation restreinte, une existence précaire ; dès que l'existence de ces valeurs était décelée, elles étaient soumises au droit de timbre et à l'impôt sur le revenu au taux majoré de 25 %. Le but ainsi poursuivi par le législateur était d'amener toutes les sociétés étrangères à soumettre leurs valeurs au régime de l'abonnement. Ce régime qui avait pour objet de faire supporter aux valeurs étrangères les mêmes droits qu'aux valeurs françaises n'avait pas été sans soulever de nombreuses critiques. La quotité sur laquelle se trouvaient exigibles les droits de timbre, de transmission et l'impôt sur le revenu était souvent déterminée d'une façon arbitraire et à un taux trop élevé, de sorte que le régime de l'abonnement s'avérait très lourd et que, des sociétés sérieuses abandonnaient le marché français. Aussi la suppression du régime de l'abonnement était-elle envisagée depuis quelques années. A sa place divers systèmes ont été proposés, par exemple la francisation des titres étrangers, c'est-à-dire leur remplacement par des titres français. Les collectivités étrangères constitueraient en France des sociétés civiles françaises, des trusts qui émettraient des certificats au porteur, en représentation des titres nominatifs qui seraient conservés dans la caisse du *trustee*, ce dernier prenant la place du représentant responsable dans le système de l'abonnement. Les certificats émis à la place des titres étrangers seraient seuls autorisés à circuler en France et seraient soumis sans aucune

réserve au régime fiscal des valeurs mobilières françaises. Des organisations semblables fonctionnent en Hollande sous le nom d'*Administratie kantcoren*, de comptoirs d'administration ou sociétés de régie de valeurs (76). En France, une commission présidée par M. COLSON, vice-président du Conseil d'Etat, a élaboré en 1921 un projet qui supprime pour l'avenir le système de l'abonnement ; il unifie le régime des valeurs étrangères et s'attache à les soumettre à des droits, sinon identiques, du moins équivalents à ceux qui frappent les valeurs françaises. Ce projet prévoit d'autre part que les titres étrangers déposés dans les établissements agréés par le ministre et remplacés entre les mains du porteur par un certificat nominatif bénéficieront d'un régime de faveur analogue à celui des titres nominatifs français (77). Le législateur s'est tout récemment engagé dans la voie tracée par ce projet : la loi du 31 juillet 1929 sur les dégrèvements fiscaux (78) a apporté d'importantes modifications au régime fiscal des valeurs mobilières étrangères circulant sur le marché français ou possédées par des personnes domiciliées en France. Dans son article 5, cette loi comporte une disposition suivant laquelle les valeurs mobilières étrangères peuvent, sans être soumises au régime de l'abonnement, être cotées, négociées, exposées en vente, émises, mises en souscription, introduites sur le marché français ou faire l'objet d'un service financier. Ainsi que l'a précisé dans une note le ministre des Finances, cette disposition n'a nullement pour effet d'autoriser l'émission ou l'introduction sur le marché français de titres de sociétés étrangères ;

(76) LAGARDE. — L'émission des titres en France, pp. 71 et s.

(77) LEVEN. — De la nationalité des sociétés, 1926, p. 378.

(78) *Journal officiel*, 1^{er} août 1929, partie officielle, p. 8730.

ces opérations demeurent subordonnées à l'autorisation du gouvernement conformément aux prescriptions de la loi du 31 décembre 1920. Mais, cette autorisation une fois obtenue, l'abonnement ne sera plus obligatoire. Le régime du non-abonnement va ainsi devenir la règle et les titres non abonnés pourront être déposés, contre récépissé nominatif, dans un des établissements de banque agréés par l'administration, moyennant quoi l'impôt de 23 % sur le revenu sera réduit à 18 %, comme si le titre était abonné (art. 7). Enfin la loi en question dispose en son article 6 que « sont assimilés aux titres nominatifs français, au point de vue du droit sur les transferts et conversions, les titres émis par les sociétés étrangères en représentation des titres des ces sociétés, lorsque le transfert ou la conversion de ces titres ne peut s'opérer que sur un registre tenu en France, dans les conditions déterminées par le ministre des Finances ». Le législateur a fait ainsi un pas décisif non seulement vers l'uniformisation du régime fiscal des valeurs étrangères, mais encore vers leur assimilation complète aux valeurs françaises.

Que reste-t-il après ceci de la distinction, au point de vue fiscal, entre sociétés françaises et sociétés étrangères ou plutôt entre sociétés ayant en France leur siège social et sociétés ayant ce siège à l'étranger ? La notion de nationalité est pour le moins bien inutile en la matière. Le législateur considère que le problème, qu'il porte sur la société en tant que collectivité ou sur les individus porteurs de titres, est purement territorial et il le règle au gré de sa souveraineté.

SECTION VII

Les sociétés et les droits civils.

On entend par droits civils les droits privés qui sont en principe refusés en France aux étrangers. A quelles sociétés ces droits doivent-ils être refusés ? Ici encore l'ancienne théorie faisait dépendre la solution de la notion de nationalité. Notons tout d'abord que ce problème n'est pas prévu directement par les textes et qu'il n'a été soulevé que du fait de l'assimilation, par la jurisprudence, des sociétés, personnes morales, aux personnes physiques. Le texte fondamental à cet égard et qui concerne l'activité des individus et l'article 11 du Code Civil, ainsi conçu : « l'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra ». L'interprétation de ce texte a donné lieu à bien des controverses et suscité de nombreux systèmes sur le point de savoir quels sont exactement les droits refusés aux étrangers (79). MM. PILLET et NIBOYET formulent ainsi leur conclusion sur la jurisprudence relative à cet article 11 du Code Civil : (80)

(79) PILLET et NIBOYET. — Manuel de droit intern. privé, n^{os} 222 à 228.

(80) Ibidem, n^{os} 228 ter et 247.

« En définitive on peut affirmer que pratiquement aujourd'hui, sauf un ou deux droits, la jurisprudence accorde à l'étranger la jouissance de tous les droits privés que ne leur refuse pas un texte formel. Et encore ne s'agit-il que des personnes physiques ; les sociétés sont en effet assimilées complètement aux nationaux, les droits familiaux (tutelle, hypothèque légale de la femme mariée) ne pouvant évidemment les concerner. »

Quels sont alors les textes qui refusent formellement des droits privés à un étranger ou plutôt qui le désavantagent vis-à-vis des nationaux ? Ce sont les articles 14 et 15 du Code Civil qui permettent à un Français demandeur ou défendeur de réclamer la compétence des tribunaux français, en cas de litige avec un étranger, et enfin l'article 16 du C. Civ. qui établit à l'égard de l'étranger demandeur l'obligation de fournir la « cautio judicatum solvi », de donner caution pour le paiement des frais et dommages-intérêts pouvant résulter de procès intentés par eux sur notre territoire.

Il ne faut pas s'exagérer l'importance de ces dispositions ; rappelons-nous qu'elles ont été écrites exclusivement pour les personnes physiques. Les sociétés — et surtout les sociétés commerciales — n'avaient pas pris à l'époque de la rédaction du Code Civil l'importance qu'elles ont connue depuis lors et les auteurs du Code n'ont pas prévu ni même soupçonné les problèmes de droit international privé qui pouvaient se poser par suite de l'activité de ces sociétés. Comme on l'a fort justement fait remarquer (81), la jurisprudence, en cette matière comme en d'autres,

(81) PÉRY. — De la nationalité des sociétés, nos 66 et 67.

s'est trop laissé égarer par l'assimilation des personnes morales aux personnes physiques ; il faut tenir compte ici plutôt des individus qui se cachent derrière la fiction de la société. Concéder le bénéfice des avantages reconnus par les articles en question aux seuls Français, à la société, personne morale, pour l'unique raison qu'elle aurait son siège social en France, pourrait avoir pour résultat d'accorder à des étrangers associés des droits qui leur sont refusés quand ils sont pris individuellement ; il y aurait alors abus de la personnalité morale, notion qui ne doit pas être faite pour favoriser une fraude à la loi. D'ailleurs la société, n'ayant pas de nationalité, ne peut être, pour l'application de ces articles, assimilée à des individus. On ne doit donc tenir compte, en cette matière que des associés, ou au moins de ceux qui dirigent la société et qui en tirent le plus grand profit ; c'est de l'idée du contrôle qu'il faut s'inspirer, et c'est ce qu'ont fort bien compris les juges de Colmar qui ont condamné à fournir la « *cauto judicatum solvi* », une société ayant son siège social en France, mais composée d'étrangers (82).

Et si cette solution doit prévaloir c'est aussi à notre avis, parce que les questions soulevées dans ces trois articles 14 à 16 du Code Civil, ne sont déjà plus exclusivement du domaine des conflits de lois, mais qu'elles touchent déjà au problème de la condition des étrangers. Elles sont mixtes : rendant compétents nos tribunaux et par suite résolvant un conflit de compétence judiciaire, elles appartiennent au domaine du conflit des lois ; mais édictant des privilèges au profit

(82) COLMAR, 29 octobre 1925 ; Sirey 1927-2-33.

de certains individus, elles touchent à la condition des personnes (83).

D'ailleurs ces problèmes sont assez rarement soulevés dans la pratique, en matière de sociétés. En ce qui concerne spécialement l'article 16, qui dispense de la caution l'étranger possédant en France des immeubles d'une valeur suffisante pour répondre des frais et dommages-intérêts résultant du procès, il ne trouve pour ainsi dire jamais d'application à l'égard des sociétés dont le siège social est en France, ni de celles qui y ont le centre de leur exploitation, ni même de celles y ayant des succursales importantes, parce qu'elles offrent toutes des garanties suffisantes. Enfin ne perdons pas de vue que les dispositions de ces articles, au moins celles des articles 14 et 15, ne sont pas d'ordre public, que les parties peuvent donc y déroger. Le Français en faveur de qui elles sont établies, peut toujours y renoncer; en outre des conventions internationales suppriment souvent la caution; il en est ainsi notamment pour les pays signataire de la Convention de La Haye du 17 juillet 1905. Dans la pratique la renonciation au bénéfice des articles 14 à 16 est presque toujours exigée par l'étranger qui traite avec un Français. Ces articles sont donc devenus à peu près lettre morte (84).

(83) PILLET et NIBOYET. — Manuel de droit international privé, n° 571.

(84) Au sujet de l'inutilité de l'article 14, même en ce qui concerne les individus, MM. PILLET et NIBOYET écrivent (Manuel de droit international privé n° 578): « L'article 14 du Code Civil est condamné par toute la doctrine. Il a entraîné à l'étranger des mesures de rétorsion contre les Français (notamment art. 105, Code de proc. italien). Il est souvent inique en effet, et au demeurant son utilité est très contestable toutes les fois que le demandeur a besoin de se prévaloir à l'étranger du jugement qu'il a obtenu, car l'exéquatur lui en sera impitoyablement refusé dans le pays du défendeur, absolu-

Les problèmes que fait naître l'application aux sociétés des articles 14 à 16 du Code Civil n'ont donc pas l'importance que leur reconnaissent les partisans de l'ancienne théorie du siège social. Quoi qu'il en soit, leur solution ne doit pas être cherchée dans l'idée d'une nationalité des sociétés.

Jusqu'ici nous avons examiné l'activité de la société en tant que collectivité ayant sa base dans un contrat, nous avons étudié le fonctionnement de l'organisme qui en est comme la projection extérieure. Nous avons vu que le problème est avant tout du domaine des conflits de lois, que la constitution, le fonctionnement et la dissolution de la société doivent être réglés d'après la loi d'origine de celle-ci, la loi de son siège social, que cette loi est dans certains cas mise en échec et fait place à la loi territoriale pour des raisons d'ordre public, pour des motifs de défense des intérêts des particuliers qui entrent en contact avec la société, ou même de protection des intérêts financiers de l'Etat. La société a été avant tout considérée en tant que collectivité incapable de nationalité, abstraction étant faite des individus qui la composent ; dans les cas où, comme en matière d'émission des actions, de responsabilité des administrateurs, de certains impôts frappant les porteurs de titres, les individus, les personnes physiques apparaissent, il n'est pas et ne doit pas être tenu compte de leur nationalité.

Ceci n'empêche pas cependant que les individus qui composent la société aient une nationalité ; et cette

ment comme on le ferait en France dans l'hypothèse inverse. Le projet de révision du Code de procédure supprime cette disposition regrettable sous réserve d'une réciprocité de fait et de quelques précautions utiles. Il replace à juste titre les étrangers dans le droit commun de la compétence. »

nationalité, surtout quand il s'agit des dirigeants de l'entreprise, n'est pas sans influencer dans certains cas sur l'activité de la société, et certaines questions doivent être résolues en fonction de cette nationalité. La question dite des droits civils nous amène déjà sur cet autre terrain ; avec elle nous nous trouvons en présence d'un nouvel aspect du problème général des sociétés ; nous devons l'étudier en liaison avec la condition des personnes, la condition des étrangers.

CHAPITRE III

Les sociétés et la condition des personnes.

Le problème revient à établir si des individus étrangers travaillant en société, sous la forme collective, auront sur le territoire français des droits équivalents à ceux des individus de nationalité française ; il consiste à déterminer tout d'abord si les étrangers ont la jouissance du droit de constituer librement des sociétés comme les nationaux et ensuite, s'étant ainsi constitués en sociétés, s'ils jouiront des mêmes droits que les nationaux et s'ils pourront réclamer une protection aussi étendue que celle dont bénéficient les nationaux (1). Sans vouloir diminuer l'importance des

(1) Cf. NIBOYET. — Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés, p. 9. — « En matière de sociétés le seul et véritable problème — dont on a fait à tort un problème de nationalité — revient à déterminer si les étrangers ont la jouissance du droit de constituer librement des sociétés comme les nationaux, si les sociétés étrangères jouissent des mêmes droits que les autres, et si la protection à laquelle elles ont droit est plus ou moins étendue que celle des nationaux. Toutes les questions qui se sont présentées à la pratique reviennent à cette formule ; et les précautions que l'on a cru parfois utile de prendre contre l'intrusion étrangère — ainsi les mesures de guerre et la notion de contrôle ne s'en éloignent pas. En effet si une société n'a pas de nationalité comme telle, on n'empêchera pas qu'individuellement ses membres en possèdent une. Cette dernière doit donc influencer sur leur activité juridique en cette matière comme dans n'importe quelle autre. »

questions que nous avons déjà examinées et en particulier de celle relative à la constitution et au fonctionnement de la société, il faut admettre qu'elles s'effacent devant le problème de la condition des personnes, de la condition des étrangers ; nous serions presque tenté de dire que c'est là le seul et véritable problème ; en tous cas il domine et commande tous les autres. En effet la question de savoir à quelles prescriptions des étrangers devront se soumettre pour créer une société en France ne se poserait pas si de prime abord on refusait à ces étrangers le droit même de fonder une société sur le territoire français. Par ailleurs cette question de la constitution de la société est surtout de droit privé ; même quand elle est étudiée en liaison avec la notion d'ordre public elle intéresse beaucoup moins la sécurité d'un pays que le problème de la condition des étrangers qui a un caractère nettement politique et qui a pris une ampleur particulière depuis 1914. Les enseignements de la guerre ne doivent pas être négligés.

En matière de sociétés la véritable question qui se pose pour un gouvernement est celle de savoir s'il permettra encore à des étrangers soit d'entrer dans des sociétés fonctionnant sur son territoire, soit même d'y créer des sociétés qui seront sous leur maîtrise. Plus que n'importe quel pays la France doit s'opposer à la pénétration étrangère par le moyen des sociétés, à cette infiltration insidieuse de l'influence étrangère dont la guerre nous a révélé toute l'importance et tout le péril. Il ne faut plus que des étrangers puissent, au moyen du masque des sociétés, prendre une apparence française pour travailler impunément contre notre pays Comme le dit M. PÉPY (2) « ce dont il

(2) PÉPY. — De la nationalité des sociétés, p. 252.

s'agit, c'est de découvrir un régime juridique des sociétés qui ne permette pas à des étrangers d'établir sournoisement, en cachette, leur domination sur certaines des richesses de notre sol ou de notre sous-sol, ou d'accaparer, sans attirer l'attention, certaines industries essentielles à la prospérité ou à la sécurité nationales ».

« N'est-il pas évident, écrit également M. THALLER ⁽³⁾ qu'il ne servira pas à grand'chose de nous défendre contre l'invasion des sociétés étrangères de certains pays si — faute de conditions assez rigoureuses mises à l'acquisition par une société de la qualité de société française — les ressortissants de ce pays nous envahissent par un autre moyen plus dangereux parce que sournois, à savoir par le moyen et sous le masque d'une société en apparence et légalement française, mais actionnée en réalité par des étrangers. C'est là une vérité sur laquelle l'expérience cruelle de la grande guerre nous dispense d'insister, mais qu'il importe d'avoir toujours présente à l'esprit ».

Si en raison de sa faible natalité, la France doit pratiquer une large politique de naturalisation des individus, elle doit se méfier d'autant plus des individus groupés en sociétés. Par ailleurs cette natalité déficitaire et la nécessité de réparer les dommages que la guerre a causés à son économie générale permettent moins que par le passé à la France de songer à une expansion à l'étranger par le moyen des sociétés. Elle doit se replier sur elle-même et sur ses colonies ; sa législation en matière de sociétés devra donc être

(3) THALLER (et PERCEROU). — Traité élément. de droit com. 1925, n° 762.

plutôt protectionniste. Il faudra cependant se garder de tomber dans l'exagération. Notre situation économique financière nous permet-elle d'éliminer de nos sociétés tout élément étranger ? Nous ne le croyons pas absolument.

Nous pensons donc qu'il y a lieu de rejeter le système extrême qui tend à écarter le capital étranger des sociétés constituées sur le territoire français ; et cela pour plusieurs raisons : tout d'abord, comme nous venons de le dire, parce qu'il ne semble pas que la France puisse se priver des capitaux étrangers, et ensuite parce que ce système ne paraît pas pratiquement réalisable et que même s'il l'était, il ne répondrait pas aux espérances que leurs auteurs mettent en lui. Nous nous rencontrons tout à fait à ce point de vue avec M. CUQ (4). Les partisans du système protectionniste veulent ou écarter complètement les capitaux étrangers de nos sociétés ou au moins assurer au sein de celles-ci la prépondérance de l'élément français, c'est-à-dire les maintenir sous le contrôle français. Pour cela deux sortes de mesures sont nécessaires : d'une part démasquer la personnalité des associés, de l'autre conserver aux Français la totalité ou la majorité des actions. Le premier résultat ne peut être atteint que par la suppression de l'anonymat des actionnaires qui n'est possible que par la suppression des titres au porteur (5) ; le second ne peut s'obtenir que par des mesures législatives ou statutaires réservant la plus grande partie du capital à des Français, tant au moment de la souscription des actions qu'au cours du fonctionnement de la société (6). L'obligation

(4) CUQ. — La nationalité des sociétés, pp. 152 et 157.

(5) En ce sens : PILLET, Bulletin soc. lég. comp., 1917, p. 123. THALLER, Réforme de la législation des étrangers.

(6) CUQ, op. cit., p. 153.

des titres nominatifs constituerait une grave innovation, une véritable révolution dans les mœurs commerciales et financières. L'Italie a seule prononcé, jusqu'à l'heure actuelle, la suppression totale des titres au porteur, sous la pression de nécessités fiscales. Cette suppression a déjà été proposée au législateur français pour les mêmes raisons, notamment au cours de l'année 1925 et on sait quelles protestations une semblable éventualité avait provoquées. Les titres nominatifs n'ont pas la faveur du public, parce qu'ils dévoilent l'identité de leurs détenteurs et aussi parce que leur négociation est soumise à des formalités nombreuses et gênantes ; les capitalistes se portent de préférence sur les titres au porteur, même frappés de taxes élevées. La suppression des titres au porteur jetterait une trop grande perturbation sur le marché des valeurs ; elle n'est donc pas souhaitable.

Il est encore une autre raison qui condamne le système que nous venons d'exposer. Croit-on en effet qu'en réservant à des Français la majorité des actions, on assurerait la prépondérance française dans une société ? Les faits sont là pour nous prouver le contraire. Dans les grandes sociétés anonymes qui comptent des milliers et des milliers d'actionnaires, c'est rarement la majorité des associés qui fait la loi ; le rôle de la masse des actionnaires est très effacé, pour ne pas dire nul. Ce qui compte, ce sont surtout les personnes remplissant le rôle de direction. Le petit actionnaire ne connaît pour ainsi dire rien de la marche des affaires ; il ne se donne d'ailleurs pas la peine de s'en occuper. Pour lui l'achat du titre est un placement ; il se contente d'en toucher les dividendes et n'assiste pas aux assemblées générales. Le petit actionnaire de ce genre est légion ; en face de cette poussière d'actionnaires éparpillés souvent dans

différents pays, règnent en maître tantôt le conseil d'administration (7), tantôt une minorité d'actionnaires bien disciplinés qui, toujours présents ou représentés aux assemblées générales, y imposent leurs idées et y font la loi grâce à l'abstention des autres associés. Il n'est donc pas indispensable pour contrôler une entreprise, c'est-à-dire pour en avoir la maîtrise, de détenir la majorité des actions. L'exemple de bien des sociétés séquestrées en France et à l'étranger pendant la guerre est là pour le prouver. On a vu des sociétés dont la majorité des actionnaires étaient Français et où cependant un petit groupe de directeurs allemands suffisait à donner à tout l'établissement un caractère nettement allemand. En Belgique on cite l'exemple du Crédit Anversois où les capitaux allemands étaient en minorité, mais se trouvaient à la disposition de la *Darmstädter Bank* qui les maniait à sa guise, tandis que les capitaux belges, français et autres étaient dispersés ; la prépondérance allemande dans la direction était manifeste. Il est aussi un autre exemple typique, souvent cité, c'est celui de la *Banca commerciale Italiana*. Sur les 130 millions de lires que comprenait le capital de cette banque fondée en 1894 sur la demande de CRISPI à BISMARCK, les Austro-allemands

(7) Cf. BROUILHET, — Précis d'économie politique, p. 75 : « Les sociétés anonymes sont dirigées par les Conseils d'administration, lesquels théoriquement sont élus par les actionnaires réunis en assemblée, mais le recrutement du personnel de l'administration échappe aux actionnaires ; il est, au début de la société, constitué d'office par le fondateur de l'affaire, et ensuite il se renouvelle par cooptation. » — Et plus loin, p. 76 : « Lorsqu'on regarde avec attention ce qu'on appelle le monde capitaliste, on s'aperçoit qu'il est composé d'une catégorie nombreuse de capitalistes moyens dépourvus de toute activité et de tout pouvoir, et de catégories plus élevées, mais très peu nombreuses, qui ont la véritable direction de la vie économique, dans la mesure où les sociétés anonymes assurent le fonctionnement de cette vie. »

ne possédaient plus que 4 millions en 1914, mais leurs actionnaires étaient disciplinés et la majorité leur était assurée dans les votes. Les Allemands n'avaient même pas la majorité au conseil d'administration mais ils y avaient installé, en face des membres italiens purement représentatifs, des hommes connus pour leur compétence financière, secondés par des directeurs allemands naturalisés italiens (8). Enfin la méthode dite *de la chaîne* permet à une minorité d'actionnaires de dominer facilement toute une série de sociétés (9). Supposons qu'une société dont un groupe détient 50 % des capitaux constitue une nouvelle société dans laquelle elle s'intéresse pour 50 % ; le maître de la première société le sera également de la seconde ; cependant sa participation effective ne sera que du quart. On peut étendre cette chaîne d'autant de maillons que l'on voudra, le maître de la première société contrôlera toutes les autres. A la tête de ces chaînes il y a généralement des banques ou un consortium de banques (10). Les Allemands étaient

(8) Cuq, op. cit. p. 100; et Annuaire Chaix 1911, p. 132: Le conseil d'administration de la société comprenait plusieurs sénateurs italiens, dont le président, et à côté d'eux un administrateur de la « Berliner Handelsgesellschaft » (vice-président), un administrateur de la « Dresdner Bank », le président de la « Bank für Handel und Industrie » de Berlin, le gérant de la « Diskontogesellschaft » de Berlin, le directeur du « Wiener Bankverein » et d'autres banquiers allemands ou autrichiens.

(9) LANDRY. — *J. off.* 1916. Doc. Chambre, p. 42.

(10) Cf. BROUILHET. — Précis d'économie politique, p. 75 : « Pour un observateur attentif, les sociétés anonymes d'un pays font partie de nombreuses combinaisons nationales et internationales, et sont placées sous la direction sinon d'individus, tout au moins de groupes, et ces groupes sont surtout d'origine financière par la raison que les sociétés anonymes ont presque toujours besoin de renouveler leurs capitaux. »

passés maîtres dans l'art d'utiliser cette méthode (11).

Le système qui consisterait à assurer le contrôle français des sociétés par la suppression des actions au porteur et leur remplacement par des titres nominatifs est donc à rejeter, parce qu'inefficace ; telle est d'ailleurs la conclusion à laquelle est arrivée la société d'Etudes Législatives (12) : « Il n'y a pas lieu, dit-elle, d'exiger la nationalité française de tout ou partie des actionnaires des sociétés constituées conformément à la loi française ; il n'y a pas lieu d'exiger que les actions libérées demeurent en tout ou en parties nominatives ».

Nous admettons donc qu'il est difficile, sinon impossible d'interdire aux capitaux étrangers l'accès des sociétés fonctionnant en France et même d'empêcher que certaines d'entre elles ne tombent sous le contrôle étranger.

Il serait cependant nécessaire que les pouvoirs publics de même que les particuliers fussent renseignés sur le caractère des sociétés poursuivant leur activité en France. Ces sociétés devraient donc être soumises à de très larges mesures de publicité, particulièrement en ce qui concerne la nationalité des fondateurs et du personnel dirigeant à toute époque de leur fonctionnement. Tous ces renseignements devraient faire l'objet, au moment de la fondation de la société et à chaque modification dans la composition de ce personnel dirigeant, d'insertions dans les journaux d'annonces légales et être centralisés au registre

(11) En ce qui concerne les différentes formes que peut revêtir le contrôle des sociétés, on consultera avec intérêt l'ouvrage de M. MICHEL : *Le contrôle économique des sociétés et ses rapports avec leur nationalité*, Chap. II.

(12) *Bulletin Soc. d'études législ.*, 1917, p. 83.

du commerce où chacun pourrait en prendre connaissance à tout moment. En outre, comme le propose M. Cuq (13), les plus importantes de ces indications devraient figurer dans tous les actes et sur tous les papiers et prospectus de la société. C'est par la publicité commerciale principalement qu'on atteint le public ; il faut que celui-ci, d'un coup d'œil rapide, soit averti de la nature de la société avec laquelle il a affaire. A ce point de vue, notre législation est fragmentaire et insuffisante ; de nombreuses lois sont restées à l'état de projet. Les lois du 4 février 1919 (14) et du 18 mars 1919, cette dernière portant création du registre du commerce, ont marqué un pas en avant. La loi du 18 mars 1919 s'applique tant aux sociétés ayant en France leur siège social qu'à celles dites « étrangères », c'est-à-dire ayant leur siège à l'étranger, dès qu'elles établissent en France une succursale ou une agence. La loi impose à toutes ces sociétés une déclaration au greffe contenant, entre autres indications, des renseignements sur la nationalité d'origine des associés autres que les actionnaires et les commanditaires, c'est-à-dire des associés participant dans une mesure quelconque à l'administration de la société. La loi sur le registre du Commerce constitue donc un progrès appréciable ; elle n'a pas cependant comblé toutes les lacunes. Notre législation sur la publicité aurait besoin d'être coordonnée et complétée. Il y aurait lieu par exemple d'empêcher que le public ne soit induit en erreur sur le caractère des sociétés ; il devrait être interdit à toute société fonctionnant en France de prendre la qualification de

(13) Cuq, *op. cit.* p. 164.

(14) Proposition BÉNAZET. *J. off.* 5 février 1919. Chambre p. 386.

française : cette dénomination n'est en effet le plus souvent prise que par des sociétés dont aucun élément, hormis le siège social, n'est français, et cela pour cacher leur véritable caractère au public. Les sociétés dont l'origine et les divers éléments sont français ont bien rarement recours à un tel moyen. La même interdiction devrait, pour les mêmes raisons s'appliquer aux dénominations régionales ou locales ; il ne devrait plus être permis à des sociétés composées d'Allemands, d'Italiens ou d'Américains de s'appeler société française, lorraine ou même lyonnaise... Comme exemples typiques d'une telle usurpation de la qualité de société française, nous pouvons citer actuellement le cas des filiales des sociétés Fiat et Ford, établies l'une à Suresnes et l'autre à Asnières et qui s'intitulent sociétés anonymes françaises pour la vente en France d'automobiles italiennes ou américaines. Cette dernière société, qui s'est tout récemment transformée, s'intitule même tout court sur ses prospectus : Ford, société anonyme française. On se demande ce qu'il y a de français dans des sociétés de ce genre.

A part les mesures de publicité qui pourraient être quelque peu gênantes, mais qui auraient une utilité certaine, notre système aboutit donc à un régime relativement libéral. Cependant un tel régime ne devra pas être général ; il ne pourra être accordé à toutes les sociétés. Nous ne pouvons pas oublier en effet les leçons de la guerre et fermer les yeux sur les périls qu'elle nous a révélés, sur les dangers de la pénétration étrangère dans notre commerce et notre industrie. S'il n'est pas possible, sans causer une gêne considérable au commerce français, d'appliquer un régime restrictif et franchement protectionniste à l'ensemble des sociétés, on doit pouvoir écarter l'ingérence étrangère des branches d'activité intéressant l'économie générale et la sûreté du pays. Ici l'intérêt général doit

passer avant l'intérêt particulier. Toutes les entreprises dont dépendent économiquement les autres industries du pays, celles que les Anglais appellent *Key-industries* (industries-clés), telles que transports maritimes, terrestres et aériens, compagnies de mines, sociétés chimiques et métallurgiques, toutes les sociétés qui poursuivent une exploitation d'intérêt général, qui jouent ou peuvent jouer un grand rôle, non seulement sur le terrain économique, mais encore dans les domaines politique et militaire ne peuvent pas être abandonnées à une direction étrangère ; dans ces entreprises les capitaux étrangers peuvent encore être admis à titre de placement, mais non pas aux fins de direction. Il n'y aurait d'ailleurs qu'à continuer dans la voie où l'on s'est déjà engagé pour certaines sociétés et entreprises. Actuellement les grands travaux publics, routes, canaux, chemins de fer, canalisation des rivières, sont entrepris par l'Etat lui-même. Les mines ne peuvent être exploitées qu'en vertu d'un acte de concession délibéré en Conseil d'Etat (loi du 21 avril 1810, modifiée par la loi du 9 septembre 1919) et le décret du 21 avril 1920 dispose que les actions émises par les sociétés concessionnaires doivent être et rester nominatives ; il appartient en outre à l'Etat de fixer les conditions auxquelles devra être subordonnée l'administration ou la direction de ces sociétés. On connaît le contrôle de l'Etat pesant sur les Compagnies de chemins de fer qui doivent d'ailleurs (au moins les grands réseaux) devenir propriété d'Etat dans un délai relativement court. En ce qui concerne les chemins de fer d'intérêt local, la loi du 31 juillet 1913 (art. 27) exige que le conseil d'administration des sociétés exploitantes soit composé en majorité de Français. La loi du 19 octobre 1919 sur l'utilisation de l'énergie hydraulique

contient des dispositions analogues pour le cas où le concessionnaire est une société. Une direction exclusivement française a été imposée par la loi à nos deux principales compagnies de navigation, la Compagnie Générale Transatlantique et la Compagnie des Messageries Maritimes ; les statuts de chacune de ces deux sociétés contiennent une clause portant que « nul ne peut faire partie du Conseil d'administration, ni en être directeur, s'il n'est de nationalité française » (15). La Banque de France présente le modèle-type des sociétés d'intérêt général soumises à un régime tout à fait spécial (16) : le gouverneur et les deux sous-gouverneurs sont nommés par le gouvernement ; tous les membres de l'assemblée générale sont français ; il en est de même des agents de la banque. Les actions de la banque sont obligatoirement nominatives ; ajoutons enfin que le gouverneur possède un droit de veto absolu sur les délibérations du conseil général ou conseil d'administration. Le Crédit Foncier de France, régi par le décret du 10 décembre 1852, et la Banque de l'Algérie, régie par la loi du 3 janvier 1880, sont organisées à peu près sur les mêmes bases que la Banque de France. Enfin, s'inspirant d'un souci de protection pour les gens qui font œuvre de prévoyance, le législateur français a soumis à la surveillance et au contrôle de l'Etat les sociétés d'assurances sur la vie et de capitalisation ; les sociétés « étrangères » qui sont également soumises à ces prescriptions sont tenues d'avoir, pour les contrats souscrits et exécutés en

(15) Lois du 27 décembre 1911 pour la Compagnie Transatlantique et du 30 décembre 1911 pour la Compagnie des Messageries Maritimes.

(16) Banque de France, Lois du 24 Germinal An XI (art. 14), du 22 avril 1806 (art. 12), du 17 novembre 1897.

France ou en Algérie, un siège spécial et une comptabilité particulière (17).

A toutes ces entreprises déjà soumises à un régime particulier et relativement sévère, le législateur devrait ajouter, croyons-nous, les grandes sociétés métallurgiques et chimiques et aussi les grandes banques privées dont l'exemple allemand a montré quel rôle de premier plan elles peuvent jouer. Ces diverses sociétés, qu'une commission compétente serait chargée de déterminer, devraient être soustraites au contrôle étranger, à l'influence étrangère par l'attribution à des Français des fonctions d'administration et de direction. Comment arriver à ce résultat ? En réservant à des Français, comme l'a proposé M. PILLET (18), la prépondérance dans les assemblées générales ? Ce moyen ne donnerait pas, à notre avis, toute satisfaction : le conseil d'administration n'est pas toujours une émanation de l'assemblée générale ; il arrive bien souvent que celle-ci se laisse manœuvrer par le conseil d'administration qui est la véritable puissance dans une société anonyme. Nous estimons qu'il serait préférable, pour assurer la prépondérance française dans les sociétés, de recourir au moyen de l'émission des actions à droit de vote plural. On sait que ces actions donnent à leurs titulaires un droit de contrôle égal à un certain nombre de fois celui que détiennent les actions ordinaires ; la quotité du nombre de voix attaché à ces actions est variable ; il est déterminé de façon à permettre à un petit groupe d'actionnaires de conserver le contrôle et partant la maîtrise d'une

(17) Lois des 17 mars 1905 (assurances sur la vie) et 19 décembre 1907 (capitalisation).

(18) PILLET. — Soc. de légis. comp. Bulletin avril-juin 1917.

société (19). Le but essentiel des actions à droit de vote plural est donc de consolider la situation des dirigeants d'une société contre les tentatives d'emprise étrangère. La création de ces actions était abandonnée jusqu'ici à la libre décision des sociétés elles-mêmes. Au cours de la période de dévalorisation qui atteignit en France son point le plus critique en juillet 1926, dévalorisation qui permettait à des ressortissants de pays à change apprécié d'acheter à bon compte des paquets d'actions d'établissements fonctionnant en France, de nombreuses sociétés, dont en particulier le Crédit Lyonnais, l'une de nos plus importantes compagnies bancaires, et les Etablissements Kuhlmann (fabrique de colorants), créèrent des actions à droit de vote plural pour écarter l'ingérence étrangère. L'opinion publique s'émut elle aussi, des propositions de lois furent déposées au Parlement et le gouvernement prit le parti d'élaborer lui-même un texte légal de réglementation (20). Ce projet de loi n'a pas encore été voté ; il sera sans doute l'objet d'importants remaniements, car les milieux financiers et politiques sont assez divisés sur la question. Certains craignent des abus et redoutent que par le

(19) Des actions à droit de vote plural ont été créées par de nombreuses sociétés de France ; voir à ce sujet : MICHEL, op. cit. p. 49.

(20) Le projet de loi portant réglementation des actions à droit de vote plural a été déposé par M. POINCARÉ, président du Conseil, ministre des Finances. L'exposé des motifs de la loi souligne l'importance des actions en question comme moyen de défense contre l'emprise étrangère. Nous y pouvons lire :

« Il est nécessaire de ne pas enlever aux sociétés françaises l'arme qui leur a permis, au cours de la dernière période de dévalorisation de notre monnaie, de se protéger contre l'emprise étrangère qui surtout pendant le second semestre 1926, menaçait pas des achats massifs de titres pour le compte de l'étranger, de faire échapper au contrôle français nos plus importants établissements industriels et commerciaux. »

moyen des actions à droit de vote plural de grandes entreprises ne se transforment en oligarchies et ne restent pendant des générations dans les mêmes familles. Ce danger est réel ; mais il semble possible d'y parer sans s'attaquer au principe même des actions à droit de vote plural, sans décider leur suppression. Des mesures devraient être édictées pour que ces actions privilégiées ne soient pas uniquement réservées aux dirigeants actuels des sociétés, mais soient accessibles à tous les détenteurs français d'actions ordinaires ; et pour prétendre aux actions privilégiées, les détenteurs d'actions ordinaires devraient être tenus de transformer ces dernières en titres nominatifs. On pourrait songer aussi soit à limiter le nombre de voix que pourraient posséder les actions à droit de vote plural, soit à limiter dans le temps le privilège de ces actions. Ces différentes dispositions permettraient, croyons-nous, d'écarter l'ingérence étrangère de la direction et empêcheraient celle-ci de passer ou de rester dans les mains de quelques personnes.

Parmi les différents moyens proposés pour soustraire les sociétés d'intérêt général à tout contrôle étranger, notre préférence va donc aux actions à droit de vote plural, mais réglementées comme nous venons de l'exposer. Ce régime devrait être imposé à toutes les entreprises d'intérêt général qui ne sont pas déjà soumises à une réglementation spéciale. Mais comme rien n'assure que par des ententes, par l'interposition de personnes ou par tout autre moyen des étrangers ne pourront obtenir en fait la direction de ces entreprises et qu'il n'y a qu'une façon absolument certaine de contrôler une société c'est-à-dire de posséder sur ses actes un droit de veto ⁽²¹⁾ le gouvernement devrait

(21) MICHEL. — Le contrôle des sociétés, p. 109.

avoir dans le conseil d'administration de ces sociétés un ou deux représentants ayant le droit de s'opposer à tout acte susceptible de porter atteinte à l'intérêt national. On ne ferait ainsi que généraliser, pour les sociétés en question, la disposition appliquée déjà à la Banque de France où le gouverneur a un droit de veto absolu, et suivre aussi l'exemple des Anglais qui ont su profiter de cette possibilité en matière d'entreprises pétrolifères (22). A titre de compensation aux restrictions imposées ainsi à cette catégorie de sociétés, le gouvernement pourrait leur accorder certains avantages ou privilèges comme il le fait déjà par exemple pour la Banque de France et plusieurs compagnies de navigation.

Nous avons donc distingué parmi les sociétés ayant en France leur siège social deux catégories : les entreprises touchant directement à l'intérêt national ou la sécurité même de l'Etat qui devraient être soumises à une réglementation rigoureuse et celles — le plus grand nombre — qui non seulement seraient ouvertes aux capitaux étrangers, mais pourraient même passer sous la maîtrise étrangère. Nous avons ainsi examiné l'aspect principal du problème de la condition des étrangers en matière de sociétés, nous avons examiné la question de savoir si et dans quelle mesure des étrangers pourraient jouir en France du droit de créer des sociétés ou d'entrer dans des sociétés déjà existantes.

Il nous reste à déterminer dans quelle mesure les sociétés constituées en France pourront jouir des droits refusés aux étrangers (art. 11 C. Civ.), des droits spécialement attachés à la qualité de Français (arti-

(22) MICHEL, *op. cit.* p. 98.

cles 14, 15 et 16 du Code Civil), avantages en matière de prorogation de baux, protection diplomatique. Nous ne nous attarderons pas beaucoup sur la question ; nous avons vu qu'elle appartient également à la condition des étrangers, à la condition des personnes. Ce n'est pas la société comme telle qu'il faut envisager, celle-ci n'étant pas une véritable personne et n'ayant pas de nationalité ; il faut seulement tenir compte des individus qui se dissimulent derrière la société, des individus au profit desquels la société fonctionne, des personnes qui en ont le contrôle, la maîtrise. Donc pourront se réclamer des droits en question tout d'abord les sociétés d'intérêt général qui seront toujours sous le contrôle français, et parmi les autres entreprises celles qui, au moment où la question se posera, seront sous le contrôle français ; les tribunaux apprécieront. Les sociétés qui ayant leur siège social en France ou dans les colonies françaises seront cependant sous un contrôle étranger, ne pourront se prévaloir des droits en question. Sinon il suffirait à des étrangers de s'associer pour jouir de droits qui leur sont refusés quand ils restent isolés ; ceci serait contraire à toute logique et à toute équité.

Nous trouvons une application très nette des idées qui précèdent dans le projet de loi du 27 janvier 1920, relatif au séjour et à l'établissement des étrangers en France (23) et le décret du 7 janvier 1927, concernant les sociétés immatriculées dans les consulats de France en Chine (24).

Le projet de loi du 27 janvier 1920 a pour but d'exercer une surveillance sévère sur les éléments

(23) *J. off.* 1920. Annexe n° 248.

(24) Clunet 1927-1261. — *Rev. de dr. intern. privé* 1927-342. *J. off.* 14 janvier 1927.

étrangers admis sur le territoire français ; les principales dispositions portent en particulier sur l'exercice par les étrangers du commerce, de l'industrie et de certaines professions ; ce sont les articles 9 et 10 §1 qui ont trait aux obligations et aux restrictions imposées aux étrangers à ce point de vue. La loi projetée qui est donc bien une loi de condition des personnes, de condition des étrangers contient des dispositions relatives aux sociétés (art. 10 § 2, 15 et 16) ; elle assimile aux étrangers en ce qui concerne les obligations et les restrictions ci-dessus les sociétés qui, bien qu'ayant leur siège social en France, sont sous le contrôle étranger (25), et elle réserve aux autres le privilège de solliciter des concessions de services publics, de mines ou d'énergie hydraulique. En faisant une semblable discrimination parmi les sociétés ayant leur siège social en France et en basant sa discrimination sur la nationalité des individus qui exercent le contrôle de la société, en faisant abstraction de la façade, le projet de loi rejette non seulement l'ancienne notion de nationalité des sociétés, mais il porte en outre délibérément la question sur le terrain de la condition des personnes, des étrangers. Il en est de même du décret du 7 janvier 1927 ; celui-ci n'accorde les droits reconnus par les traités entre la France et la Chine qu'aux sociétés civiles et commerciales constituées en Chine conformément aux lois françaises, immatriculées au consulat français et qui se trouvent incontestablement sous le contrôle français. En effet

(25) C'est-à-dire « les sociétés dont le président du conseil d'administration, les administrateurs délégués, les gérants, les directeurs ayant la signature sociale, les commissaires aux comptes et plus de la moitié des associés en nom collectif, des administrateurs, des membres du conseil de direction ou du conseil de surveillance ne sont pas de nationalité française.

pour que ces sociétés (ainsi que les filiales, agences en Chine des sociétés constituées et ayant leur siège en France) puissent jouir des droits en question, elles doivent réunir les conditions suivantes (art. 2) : le président du conseil d'administration, les administrateurs délégués, les commissaires aux comptes, les deux tiers au moins du personnel dont la signature engage la société ; la moitié au moins des associés en nom collectif, des administrateurs, des membres du conseil de direction doivent être citoyens ou sujets français. En outre le capital doit effectivement appartenir jusqu'à concurrence de 35 % au moins à des citoyens ou sujets français. Pour reconnaître des droits à une société, le décret n'a pas recours (il n'en parle même pas) à la nationalité de la société ; il n'envisage que les individus ; il n'accorde les droits en question qu'aux sociétés qui sont indiscutablement sous la maîtrise de citoyens français et les refuse à toutes les autres sociétés ; il règle le problème du point de vue de la condition des personnes.

C'est aussi dans le même sens que doivent être interprétées, dans leur application aux sociétés, la loi du 1^{er} avril 1926 (modifiée par la loi du 30 juin 1929) sur les loyers des locaux d'habitation et la loi du 30 juin 1926 (modifiée par la loi du 22 avril 1927) concernant le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial ou industriel. On sait que ces deux lois concèdent aux locataires des avantages importants à l'encontre des propriétaires. La première accorde aux occupants de locaux d'habitation la prorogation automatique de leur bail. Quant à la seconde, elle facilite considérablement le renouvellement des baux des locaux occupés et assure aux locataires, en cas d'éviction, une importante indemnité ; elle crée ainsi en faveur de certaines personnes

une véritable propriété commerciale. Mais le législateur a réservé ces avantages aux individus de nationalité française ; il les refuse aux étrangers (art. 4 de la loi du 1^{er} avril 1926 et art. 19 de la loi du 30 juin 1926) ; il fait donc de l'application de ces dispositions une question de condition des personnes, de condition des étrangers, une question de nationalité. Comment résoudre le problème quand l'occupant des locaux loués sera une société ? Cette dernière n'ayant pas de nationalité, les juges ne peuvent prendre en considération que celle des individus. Or comme ceux-ci peuvent ne pas avoir tous la même nationalité et que d'autre part le droit à la prorogation ou à la propriété commerciale est un droit indivisible, les juges ne tiendront compte, pour accorder ou refuser ce droit, que du caractère, de l'orientation donnée à la société par la nationalité de la majorité des actionnaires ou plutôt des personnes qui en ont la direction.

C'est dans ce sens que devra toujours être réglée la question des droits d'une société. Chaque fois qu'il s'agira de savoir si des droits reconnus à des individus devront être accordés à des sociétés, il faudra se demander quels sont les droits de ses membres. On peut permettre aux étrangers de fonder des sociétés en France ; les droits de ces étrangers travaillant sous la forme collective ne pourront être supérieurs à ceux dont ils jouiraient, s'ils restaient isolés. Les droits de la société seront les droits des individus qui la dirigent, qui en détiennent le contrôle effectif.

CONCLUSION

Nous croyons avoir examiné les principaux aspects de la question des sociétés et nous arrivons à la conclusion que l'activité de ces collectivités en droit international soulève deux grands problèmes : celui de la loi applicable à leur constitution, leur fonctionnement et leur dissolution et celui des limites dans lesquelles sera renfermée leur activité. La solution de ces deux problèmes ne doit pas être cherchée dans la notion de nationalité, inapplicable à la société, considérée comme telle.

Le premier problème est du domaine des conflits de lois ; il revient à déterminer la loi applicable à la formation, à l'exécution et à l'extinction d'un contrat de droit privé que se trouve à la base de la société. Ce contrat doit être soumis en principe à la loi du lieu de formation, à la loi d'origine de la société, à la loi de son premier siège social. Mais étant donné le caractère spécial de ce contrat qui s'extériorise en un organisme dont l'activité peut influencer considérablement l'économie générale de tel ou tel pays, la loi d'origine devra, pour des raisons d'ordre public, s'effacer dans certains cas devant la loi territoriale, en particulier en matière d'émission et de circulation des titres, de publicité, de responsabilité des administrateurs, de faillite, et également en matière fiscale.

Le second problème relatif à l'activité des sociétés et qui domine toute la matière est d'ordre nettement politique ; il est du domaine de la condition des per-

sonnes. Il s'agit de savoir à quels individus il sera permis de travailler en France sous la forme collective, d'y créer des sociétés ou d'entrer dans celles déjà existantes et de savoir en outre dans quels domaines cette activité sera autorisée. Le capital étranger ne sera pas écarté de notre pays ; il faut en effet se garder d'étendre une suspicion inutile à tous les étrangers travaillant sur le territoire français ; il faut distinguer entre ceux qui y poursuivent un but politique, qui s'attaquent aux industries de première nécessité et ceux qui, ne poursuivant qu'un but de lucre, sont les auxiliaires utiles et même nécessaires de notre prospérité économique. Mais le souci de la sécurité du pays exige que tout contrôle étranger soit écarté des grandes entreprises qui commandent toute la vie économique de ce pays. Ces entreprises devront donc être soumises à un régime spécial susceptible d'assurer la prédominance française. Pour les autres sociétés, ce sera le maintien du régime de liberté avec renforcement des mesures de publicité, pour que les pouvoirs publics et les particuliers soient renseignés sur le caractère de ces entreprises. Quand se posera accessoirement la question de savoir si les sociétés doivent ou non jouir des droits spécialement attachés à la qualité de Français, il faudra faire abstraction de la façade de la société et ne tenir compte que des individus qui sont les maîtres de l'entreprise ; les droits en question seront accordés aux sociétés se trouvant sous le contrôle français et ils devront être refusés à toutes les autres.

On objectera peut-être que l'ensemble de ces mesures serait de nature à éloigner de notre pays les capitaux étrangers ; nous ne le croyons pas, car les dispositions en question ne gêneront jamais les capitalistes étrangers qui s'installeront en France sans

arrière-pensée politique et qui ne rechercheront donc notre pays qu'un honnête profit. Des représailles de la part des Etats étrangers ? Ceux-ci seraient mal venus de protester, car c'est eux qui nous auraient donné l'exemple du protectionnisme en la matière. Et puis les représailles, si représailles ou rétorsions il y avait, auraient peut-être l'heureux résultat de faire rentrer en France les capitaux français investis à l'étranger.

On pourra reprocher à notre système d'être compliqué ; il est certainement moins simple que l'ancienne théorie, mais il a sur celle-ci le grand avantage d'être moins artificiel, moins dangereux et surtout beaucoup plus satisfaisant et plus objectif. Il résout des problèmes que ne connaissait pas la théorie d'avant-guerre et pour lesquels elle n'était pas faite.

A problèmes nouveaux, solutions nouvelles. Pas plus que les autres sciences, le droit ne peut rester stationnaire ; les théories juridiques doivent tenir compte des situations nouvelles et s'adapter exactement aux faits sociaux qu'elles se donnent pour tâche de régler et d'organiser. Le droit a des époques, a dit PASCAL ; les lois sont filles du temps, a dit un auteur contemporain, M. GÉNY. Le législateur ne doit pas se complaire dans le domaine de l'abstraction ni rester l'esclave de théories ; il doit s'inspirer avant tout des réalités.

BIBLIOGRAPHIE

ALLIX. — La banque et l'industrie. *Rev. polit. et parlem.*, 1921.

Annuaire de l'Institut de droit international XI.

Annuaire Chaix des sociétés anonymes.

Actes du Congrès international des sociétés.

ARMINJON. — 1. De la nationalité des personnes morales. *Revue de droit intern. privé*, 1902, 411.

2. Les sociétés, les associations et les fondations en droit international privé. *Revue de droit intern. et de législation comparée*, 1927, 360.

BARRAULT. — Dans quelle mesure la nationalité est-elle une matière de droit public ? *Revue de droit intern. privé*, 1921, 147.

BOISTEL. — Droit commercial.

BRAUN. — Les sociétés anonymes en Egypte. *Journal Clunet*, 1927, 952 et *Journal des sociétés*, 1928, 244.

BROUILHET. — Précis d'économie politique.

BRUNEAU. — L'Allemagne en France.

Bulletin de la Société de législation comparée.

Bulletin de la Société d'Etudes législatives.

CAPITANT. — Introduction à l'étude du droit civil, 4^e édit.

CHAVEGRIN. — Note au Sirey 1888-2-89.

CHERVET. — Des sociétés commerciales en droit international.

Code Civil.

Code de Commerce.

Code de procédure civile.

- CHOUCRI CARDAHI. — Condition légale des sociétés étrangères dans les pays sous mandat français en Orient. *Rev. de droit intern. privé*, 1926, 345.
- COHEN. — La nationalité des sociétés commerciales en Roumanie. *Revue de droit intern. privé*, 1927, 351-361; 504-520.
- COPPER-ROYER. — Traité théorique et pratique des sociétés anonymes.
- CUQ. — Le nationalité des sociétés. Thèse, Paris, 1921.
- Dalloz pratique, v° sociétés.
- Dalloz périodique.
- DAUDET. — L'avant-guerre.
- DE LAPRADELLE. — *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1918, 341.
- DEMOGUE. — Note sous tribunal de Lille, 21 mai 1908. Sirey 1908-2-177.
- DE VAREILLES-SOMMIÈRES. — 1) Synthèse; 2) Les personnes morales.
- DE VISSCHER. — La nationalité et le caractère ennemi des sociétés commerciales d'après la jurisprudence des cours anglaises. *Revue de droit intern. privé*, 1917, 503.
- DESPAGNET et DE BÖCK. — Précis de droit international privé, 5^e édition, 1910.
- GAIN. — La nationalité des sociétés. Paris 1924.
- Gazette des tribunaux.*
- Gazette du palais.*
- Gustave GEORGE. — 1. Les valeurs mobilières françaises devant l'impôt. *Revue politique et parlementaire*, 1928, 67.
2. Les valeurs mobilières étrangères devant l'impôt. *Revue polit. et parlem.*, 1928, 386.
- HAMEL. — Note au Sirey 1924-2-25.
- HAURIQU. — Précis de droit administratif.
- HAUSER. — Les méthodes allemandes d'expansion économique. Paris, 1916.

- HOUPIN et BOSVIEUX. — Traité général des sociétés.
- JORDAN. — Les étrangers et le régime des sociétés. *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1917, 535.
- Journal officiel*.
- Journal de droit international privé* (Clunet).
- Journal des sociétés*.
- LAGARDE. — L'émission des titres en France par des sociétés de commerce étrangères. Thèse, Poitiers, 1926.
- LAINÉ. — Personnes morales en droit international privé. *Revue de droit intern. privé*, 1893, 279.
- LACOUR. — Traité de droit commercial.
- LANDRY. — *Revue politique et parlementaire*, 1916, 182.
- LAURENT. — 1. Principes de droit civil. 2. Droit civil international.
- LE CARPENTIER. — Condition juridique en France des anciennes sociétés d'Alsace et de Lorraine. Clunet 1919, 1035.
- LEVEN. — 1. Nationalité des sociétés, 1899. — 2. De la nationalité des sociétés et du régime des sociétés étrangères en France, Paris, 1926.
- LYON-CAEN et RENAULT. — Traité de droit commercial.
- LYON-CAEN. — Des conditions à exiger pour que les sociétés soient françaises. Clunet 1917, 15.
- MARTIN-ACHARD. — La nationalité des sociétés anonymes. Zurich. Orell-Füssli.
- MAZEAUD. — De la nationalité des sociétés. Clunet, 1928, 30.
- MÉPLAIN. — Les sociétés étrangères en France.
- MICHEL (Raymond). — Le contrôle économique des sociétés et ses rapports avec la nationalité. Thèse, Poitiers, 1923.
- MICHOUD. — La théorie de la personnalité morale.
- NIBOYET. — 1. A propos du livre de M. PÉPY. *Revue de droit intern. privé*, 1921, 327. — 2. Note sous Colmal. Sirey 1927-2-33. — 3. Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? *Revue de droit intern. privé* 1927, 417, publié également en extrait par la librairie du recueil Sirey.

Pasicrisie.

PÉPY. — De la nationalité des sociétés de commerce.
Thèse, Paris, 1920.

PERCEROU. — Essai sur la nationalité des sociétés. *Annales de droit commercial*, 1926, 6.

PIC. — Contribution à l'étude de la nationalité des sociétés. *Clunet*, 1917, 841.

PILLAULT. — Le caractère politique de la notion de nationalité. *Revue de droit intern, privé*, 1916, 14.

PILLET. — Les personnes morales en droit international privé. — *Traité pratique de droit international privé*, 2 tomes, 1924.

PILLET et NIBOYET. — Manuel de droit international privé, 1924.

PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil*.

PREZIOSI. — L'Allemagne à la conquête de l'Italie. Traduction de LEMONON, Paris, 1916.

RAYNAL. — Nationalité des sociétés commerciales. Thèse, Toulouse, 1923.

Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes.

Revue de droit international privé.

Revue de droit international et de législation comparée.

Revue d'Alsace-Lorraine.

Revue politique et parlementaire.

ROMAN. — La nationalité des sociétés civiles et commerciales. Thèse, Paris, 1919.

ROUSSEAU. — La nationalité des sociétés de commerce, 1921.

SALEM. — La question de la nationalité et les intérêts français à l'étranger. *Clunet* 1919, 23.

Recueil général Sirey.

SURVILLE et ARTHUYS. — *Cours élémentaire de droit international privé.*

THALLER (et PERCEROU). — *Traité élémentaire de droit commercial*, 1925, 7^e édition.

- THALLER et Pïc. — Collection théorique et pratique de droit commercial. Traité des sociétés.
- THALLER. — Sur la nationalité des sociétés par actions. *Annales de droit commercial*, 1890, 257.
- THALLER. — Les syndicats financiers d'émission. *Annales de droit commercial*, 1911, 8.
- THALLER. — Esquisse de la réforme de la législation des étrangers. *Revue politique et parlementaire*, 1917, 297.
- Traités de paix: Versailles, Trianon, Neuilly, St-Germain.
- TROIMAUx. — Séquestres et séquestrés.
- VALÉRY. — Manuel de droit international privé. Paris 1914.
- VAN DEN HEUVEL. — De la situation légale des associations sans but lucratif.
- WAHL. — Traité du régime fiscal et des valeurs mobilières.
- WAHL. — La situation des sociétés de nationalité ennemie ou composée de sujets ennemis. *Journal des sociétés*, 1916, 158.
- WEISS. — Traité élémentaire de droit international privé.
- WEISS. — Traité de droit international privé.

Vu : *Le Président de la Thèse*,
L. MILLIOT.

Vu : *Le Doyen*,
MORAND.

Vu et permis d'imprimer :

Alger le 14 janvier 1930.

Le Recteur,
TAILLIART.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

	Pages
I. Intérêt des questions concernant les sociétés..	3
II. Position de la question avant la guerre de 1914-18	7
III. Evolution de la question pendant la guerre.....	13

PREMIÈRE PARTIE

Critique de la notion de nationalité appliquée aux sociétés	19
---	----

Chapitre premier

La guerre de 1914-18 et la détermination de la nationalité des sociétés.....	21
Section 1. — Faillite du critérium du siège social..	22
§ 1. Législation et jurisprudence de guerre.....	22
§ 2. Les traités de paix et la jurisprudence d'après-guerre	35
a) La jurisprudence des tribunaux arbitraux mixtes	38
b) Autre jurisprudence d'après-guerre.....	42
§ 3. Le critérium du siège social et l'Alsace-Lorraine	47
Section II. — De la valeur des critères autres que le siège social.....	50
a) Le contrôle	51
b) Le lieu d'exploitation.....	54
c) La nationalité des premiers souscripteurs.....	55

Chapitre II

	Pages
Les sociétés n'ont pas et ne peuvent pas avoir de nationalité	59
Section I. — Les sociétés n'ont pas de nationalité; la preuve en a été faite par les événements de la guerre	60
Section II. — La notion de nationalité est inapplicable aux sociétés, tant dans le domaine du droit privé que sur le terrain politique.....	71

DEUXIÈME PARTIE

Nouvelles solutions proposées.....	93
------------------------------------	----

Chapitre premier

Etat actuel de la question.....	93
Section I. — Droit comparé	94
Section II. — La législation française actuelle.....	102

Chapitre II

Etude des problèmes soulevés par l'activité des sociétés; solutions proposées.....	107
Section I. — Loi applicable à la constitution de la société.....	109
Section II. — La reconnaissance des sociétés.....	117
La notion de l'ordre public.....	129
Section III. — L'émission des actions et la protection de l'épargne.....	136
Section IV. — La responsabilité des fondateurs et des administrateurs.....	158
Section V. — La dissolution des sociétés et la faillite	164
Section VI. — Le régime fiscal applicable aux sociétés	169
Section VII. — Les sociétés et les droits civils.....	176

Chapitre III

Les sociétés et la condition des personnes.....	183
Conclusion	203



